Zur

Erläuterung der §§ 516, 517 BGB.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Paul Simon

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1904.

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Disposition.

I. Einleitung.
II. Ausführung.
  A. Schenkungszuwendung.
    a) Zuwendung.
    b) Bereicherung des Einen aus dem Vermögen des Andern.
  B. Schenkungseinigung.
    a) Inhalt derselben.
    b) Vertragscharakter der Schenkung.
III. Schlussbemerkung.

I. Einleitung.

Das Rechtsinstitut der Schenkung war von jeher nicht nur seiner begrifflichen Umgrenzung, sondern auch seiner rechtlichen Konstruktion nach eines der lebhaft bestrittensten Rechtsgebiete. Dies wohl gab der Kommission zur Ausarbeitung des Bürgerl. Gesetzbuches die Veranlassung, unter Abweichung von dem sonst innegehaltenen Prinzip eine Definition der Schenkung in das Gesetzbuch aufzunehmen. (Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs S. 1615). Diese Definition ist im § 516 Abs. 1 BGB. niedergelegt; Abs. 2 desselben und § 517 BGB. stellen sich lediglich als Ergänzungen in konstruktioneller und begrifflicher Beziehung dar.

Obwohl, wie die erhebliche Anzahl der schon jetzt in der Literatur entstandenen Streitfragen beweist, auch hier das „omnis definitio periculosa" seine Wahrheit behalten hat, können die Vorteile gegenüber dem bisherigen Rechtszustande kaum verkannt werden: Durch die §§ 516, 517 BGB. ist ein einheitlicher Rechtsbegriff der Schenkung

geschaffen worden; die früheren Unterscheidungen zwischen „Schenkungen im weitesten Sinn, im engeren Sinn, im eigentlichen Sinn und im engsten eigentlichen Sinn“ (Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts I. S. 365 ff.), wie sie nach dem bisherigen Recht noch möglich waren, haben gegenüber der gesetzlichen Regelung des Schenkungsbegriffes ihre Berechtigung verloren. Das BGB. kennt nur einen Tatbestand der Schenkung, welcher auch auf die vielfach über das Gesetzbuch zerstreuten Bestimmungen, die auf Schenkungen Bezug haben (§§ 1301, 1406, 1446, 1453 u. s. w.), zur Anwendung gelangt. Was sich den Begriffsmerkmalen der §§ 516, 517, BGB. nicht einordnen lässt, ist keine Schenkung im Sinne des Gesetzes. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, dass gewisse Schenkungstatbestände in der einen oder anderen Beziehung privilegiert (§ 534 BGB.) oder zum Gegenstand besonderer Regelung gemacht sind (Schenkung unter Auflage § 525 ff. BGB); aber auch hier handelt es sich um Tatbestände, die zunächst ihrer begrifflichen Konstruktion nach, also im Sinne der §§ 516, 517 BGB., Schenkungen sind. Eine Sonderung der Schenkungstatbestände in solche, welche allen Schenkungssätzen und solche, die mindestens einem Schenkungssatz unterliegen, wie sie Burckhard (Zum Begriff der Schenkung S. 145), allgemein aus dem Begriff der Schenkung heraus konstruiert, hat in der Regelung des BGB. keinen Boden mehr. Nur eine Ausnahme ist von dem Gesagten zu machen: bezüglich der Schenkungen von Todeswegen.

Diese waren bereits nach dem bisherigen Rechte besonderen Regeln unterworfen (Dernburg, Pandekten Bd. III S. 236 ff., Eccius, Pr. Privatrecht Bd. II S. 36). Das BGB. hat sich dem angeschlossen; es scheidet nicht nur äusserlich zwischen Schenkungen unter Lebenden und Schenkungen von Todeswegen, indem es die ersteren im Recht der Schuldverhältnisse, die letzteren im Erbrecht behandelt, sondern es bringt auch (§ 2301 Abs. 1 BGB.) den materiellen Unterschied dadurch zur Geltung, dass es die Schenkungen von Todeswegen den Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen unterwirft. Damit scheidet diese Art der Schenkung nicht nur ihrer gesamten Behandlung hinsichtlich Form, Widerruf u. s. w., sondern auch ihrer begrifflichen Konstruktion nach aus dem Institut der Schenkung im Sinne der §§ 516, 517 BGB. und demgemäss aus der Behandlung dieser Paragraphen aus.

II. Ausführung.

Das BGB. definiert die Schenkung im § 516 Abs. 1 dahin:

„Eine Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt".

Schon die äussere Fassung dieser Schenkungsdefinition charakterisiert die Schenkung als ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft (Burckhard, über Schenkungsannahme S. 8); zwei Momente müssen zusammentreffen, um das Rechtsgebilde der Schenkung zu schaffen: a) eine Zuwendung, durch welche Jemand einen Anderen aus seinem Vermögen bereichert: das objektive Moment; b) die Einigung beider Teile, dass diese Zuwendung unentgeltlich erfolgt: das subjektive Moment; „Schenkungs-Zuwendung" und „Schenkungs-Einigung", wie sie in Folgendem der Kürze wegen bezeichnet werden sollen (Stolte, der Begriff der Schenkung S. 5, 74),

Je mehr diese beiden Momente nicht nur hinsichtlich der Vollziehungsform der Schenkung, wie sie das tägliche Leben zeigt, sondern auch nach der rechtlichen Konstruktion der Schenkung zusammenfliessen und ineinander aufgehen, um so grösser ist ihr begrifflicher Unterschied. Es muss deshalb für die wissenschaftliche Betrachtung eine Abstrahierung des objektiven Moments vom subjektiven, die getrennte Behandlung der Schenkungszuwendung und Schenkungseinigung nicht nur für statthaft, sondern sogar für notwendig erachtet werden (vgl. Burckhard, Annahme S. 8); zum richtigen Verständnis ist sie an erster Stelle wichtig (Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 232). Dementsprechend werden auch die nachstehenden Ausführungen von der grossen Zweiteilung: „Schenkungszuwendung" und „Schenkungseinigung" beherrscht werden; Verweisungen bei der Behandlung der ersteren auf die

zweite und umgekehrt werden sich dabei nicht vermeiden lassen, müssen aber als notwendiges Übel mit in Kauf genommen werden.

A. Schenkungszuwendung.

Als Schenkungszuwendung erscheint nach dem Wortlaut des § 516 Abs. 1 BGB. „jede Zuwendung, durch welche Jemand einen Anderen aus seinem Vermögen bereichert". Das bedeutet zunächst, dass die Schenkungszuwendung Vermögenszuwendung ist: nur Rechtsacte, welche geeignet sind, Wirkungen auf das Vermögen der beteiligten Personen auszuüben, kommen als Schenkungszuwendungen in Betracht (Staudinger: Recht der Schuldverhältnisse S. 261). Damit ergiebt sich die Notwendigkeit, zu prüfen, was als „Vermögen" im Sinne der Schenkungsdefinition aufzufassen ist.

Der Begriff des Vermögens hat im BGB., obwohl er daselbst vielfach zur Anwendung gelangt, eine gesetzliche Definition nicht gefunden; auch bei der Beratung des Gesetzes ist man zu einer scharfen Formulierung nicht gelangt (Bekker und Fischer. Beiträge zum Entwurf Heft II S. 32).

Zwei Vermögensbegriffe sind es besonders, welche für die wissenschaftliche Prüfung in Frage kommen (Birkmeyer, das Vermögen, S. 108): Vermögen im volkswirtschaftlichen Sinn und Vermögen im juristischen Sinn. Die Volkswirtschaftslehre versteht unter Vermögen den Inbegriff wirtschaftlicher Güter, über welche Jemand in einem

gegebenen Zeitpunkt für seine Zwecke beliebig verfügen kann (Birkmeyer, a. a. O, S. 107 und die dort Angeführten). Demgemäss ist die Zusammensetzung des Vermögens im volkswirtschaftlichen Sinn eine überaus mannigfaltige; es erscheinen hier: Sachen, persönliche Leistungen, Kundschaft, Kredit, Handelsverbindungen, aber auch Bildung, Kenntnisse usw. Das Vermögen charakterisiert sich als eine Gesamtheit von Werten im ökonomischen Sinn, von Mitteln, welche geeignet sind, wirtschaftliche Bedürfnisse zu befriedigen oder doch diese Befriedigung zu fördern. Im grossen Gegensatz dazu steht der Begriff des Vermögens im juristischen Sinn als eine Gesamtheit von Rechten: die Werte, aus denen sich das Vermögen im juristischen Sinn zusammensetzt, müssen, wie Birkmeyer (a. a. O. S. 295) es ausdrückt, durch Rechte zugeführt werden. Alle wirtschaftlichen Güter, welche nicht zugleich Rechtseigenschaft in sich tragen, scheiden damit aus dem Vermögen im juristischen Sinne aus. So oft nun „Vermögen“ in der bisherigen Rechtswissenschaft begriffliche Erörterung gefunden hat (Dernburg: Pandekten Band I, S. 49), erscheint es nicht in den verschwimmenden Grenzen des Vermögens der Volkswissenschaftslehre, sondern als die Gesamtheit von Rechten, wie sie oben als Inhalt des Vermögens im juristischen Sinn bezeichnet wurde. Für das neue Gesetzbuch hiervon abzuweichen, dürfte kaum gerechtfertigt sein; auch für das BGB. erscheint, wie Oertmann (a. a. O. S. 234) zutreffend bemerkt, „Vermögen“ als ein, wenn auch nicht definierter,

Rechtsbegriff, der sich nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erschöpfend bestimmen lässt."

Für das Institut der Schenkung insbesondere dürfte dies insofern noch weniger Bedenken unterliegen, als die Gesetzeskommission Veranlassung gehabt hat, mittelbar zu der hier interessierenden Frage Stellung zu nehmen. Bei der Beratung des II. Entwurfs (Protokolle S. 1613) war im Anschluss an die Kritik von Reatz (Gutachten aus dem Anwaltsstande, Heft 3, S. 174 ff.) der Antrag gestellt worden, den Begriff der Schenkung auch auf die Zuwendung von Vorteilen immaterieller Art, sofern sich dieselben nur als wirtschaftliche Güter darstellten, zu erstrecken. Damit wäre die Schenkung aus dem Gebiet des Vermögens im juristischen Sinn auf das des wirtschaftlichen Vermögens ausgedehnt worden. Aus der ablehnenden Haltung, welche die Kommission diesem Antrag gegenüber bewies, ergiebt sich, dass sie für das Gebiet der Schenkung bei dem Begriff des Vermögens im streng juristischen Sinn verbleiben wollte. Dieser Wille des Gesetzgebers wird auch für das fertige Gesetz, obwohl er daselbst nicht zum Ausdruck gelangt ist, Geltung haben müssen. Damit scheiden aber alle Zuwendungen, soweit sie sich ihrem Inhalte nach auf die Zuführung oder Förderung immaterieller Güter beschränken, d. h. soweit sie nicht wenigstens mittelbar (als Ausgabenersparnis) auf das Vermögen im juristischen Sinn Wirkungen äussern, aus dem Gebiete der Schenkungszuwendungen aus. Wer z. B. einen talentierten Schüler, welcher von seinen Eltern

für das Handwerk bestimmt war, studieren lässt, fördert damit dessen Bildung; von einer Bereicherung im Sinne der Schenkungsdefinition, und entsprechend von einer Schenkung kann hier auch bei Aufwendung eigener erheblicher Unkosten niemals die Rede sein (Entsch. des OLG. Oldenburg, Seufferts Archiv Bd. 23, S. 211).

Mit dem bisher gewonnenen Resultat, dass als Vermögen im Sinne der Schenkungsdefinition nur das Vermögen im juristischen Sinn in Betracht komme, dürften aber insofern noch nicht alle Schwierigkeiten gehoben sein, als dieser Begriff des juristischen Vermögens selber in der Rechtswissenschaft die verschiedensten Auslegungen erfahren hat (vgl. Horn, Begriff und rechtliche Natur der Schenkung nach BGB, S. 20 ff. Dernburg, Pandekten, Bd. I, S. 49, Ziffer I und Anm. 2) definiert Vermögen als „die Gesamtheit der geldwerten (d. h. im Verkehr der Menschen nach Geld geschätzten und für Geld anschaffbaren) Rechte einer Person". Diese Definition dürfte als richtig anzuerkennen sein; nur ist sie, wie das Dernburg (a. a. O. S. 50) selber tut, dahin zu erweitern, dass auch die Schulden als Vermögensbestandteil gerechnet werden. Unbrauchbar, zum mindesten als Unterlage für den Schenkungsbegriff, ist die Definition des Vermögens als „Reinvermögen", d. h. als die nach dem Abzug der Passiva übrigbleibende Summe der Aktiven; auch der nicht im Besitz eines Reinvermögens Befindliche, d. h. der Überschuldete kann noch sein

Vermögen vermindern und einen Anderen bereichern, kann schenken.

Nachdem mit der Festlegung des Vermögensbegriffs der äussere Rahmen für die Schenkungszuwendung gezogen, kann nunmehr zur Erläuterung der einzelnen begrifflichen Bestandteile derselben übergegangen werden.

Die Schenkungszuwendung setzt ihrerseits wieder begrifflich ein zweifaches voraus: es muss eine Zuwendung vorliegen, und diese Zuwendung muss einen bestimmten Inhalt haben, nämlich den einen Teil aus dem Vermögen des Anderen bereichern

a. Zuwendung.

Gleich dem Vermögen hat auch der Begriff der Zuwendung, obwohl nicht nur in der Literatur des früheren Rechts (Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. II S. 145), sondern auch in den wissenschaftlichen Erörterungen, welche der Entwurf I veranlasste (Bekker, und Fischer a. a. O. S. 38, Reatz a. a. O. S. 198), auf die Unsicherheit desselben hingewiesen wurde, eine gesetzliche Definition nicht gefunden. Durch die vom Gesetz selbst gegebene Begrenzung, dass die Zuwendung die Bereicherung des Einen aus dem Vermögen des Anderen herbeiführen müsse, dürften die Schwierigkeiten, welche bisher einer inhaltlichen Feststellung des Zuwendungsbegriffes erwuchsen — Bekker (a. a. O. S. 145) spricht von Zuwendungen im engsten, in einem weiteren, und noch weiteren Sinn — beseitigt sein.

Sie bestehen aber weiter hinsichtlich der Frage, in welcher Form jener vom Gesetz verlangte Erfolg herbeigeführt sein müsse. Die Vollzugsart der Zuwendung bleibt daher auch jetzt noch der wissenschaftlichen Feststellung vorbehalten.

Zuwendung ist — das scheint aus dem Sprachgebrauch wie aus dem Wortlaut der Schenkungsdefinition zu folgen — zunächst eine Tätigkeit: es genügt für den Begriff der Schenkungszuwendung nicht, dass ein bestimmter Erfolg vorliegt, sondern dieser Erfolg muss das Ergebnis einer Tätigkeit des Zuwendenden sein. Damit ist die Herrschaft des Zufalls aus dem Begriff der Zuwendung ausgeschlossen; wird z. B durch einen Windsturm ein Baum vom Grundstück des A. auf das des B. hinübergetragen und schlägt dort Wurzel, so kann trotz Vermögensverminderung und Bereicherung von einer Schenkungszuwendung keine Rede sein. Die Tätigkeit des Zuwendenden muss weiter eine bewusste sein: Der Zuwendende muss seinen Willen von vornherein auf die Herbeiführung des bestimmten Erfolges gerichtet haben. Und es muss schliesslich auch wirklich die Tätigkeit des Zuwendenden gewesen sein, welche den vom Gesetz verlangten Erfolg herbeigeführt hat: Tätigkeit und Erfolg müssen in einem kausalen Zusammenhange stehen. Letzteres wird stets der Fall sein, wenn sich die Zuwendungstätigkeit in Form eines Rechtsgeschäfts äussert; hier wird vom Gesetze selber der Erfolg als Ausfluss des Willens der Handelnden anerkannt. Folgt daraus nun, dass die Zuwendung im Sinne der Schenkungs-

definition notwendigerweise die Form des Rechtsgeschäfts annehmen muss? Diese Ansicht wird von Cosack (Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. I S. 493) für das geltende Recht vertreten. Dem möchte ich nicht zustimmen, wenn auch die besondere Widerlegung der Cosack'schen Ansicht, weil dieselbe sich im wesentlichen auf die Bestimmungen des § 516 Abs. 2 BGB. stützt, bis zur Erörterung dieser Bestimmungen aufgespart werden muss. In der Literatur des früheren Rechts dürfte Cosack jedenfalls keine Stütze für seine Ansicht finden. Meyerfeld (die Lehre von den Schenkungen, Bd. I S. 122/3) und Bekker (a. a. O. Bd. II S. 185) lassen auch Schenkungen durch nicht rechtsgeschäftliche Zuwendungen zu. Savigny (System des heutigen römischen Rechts Bd. IV S. 18) fordert zwar zunächst ein Rechtsgeschäft, lässt dann aber (S. 563 ff.) auch Schenkungen durch blosse Unterlassungshandlungen zu. Das BGB. spricht, wie Cosack selber zugiebt, die Notwendigkeit eines Rechtsgeschäfts zum Vollzug der Schenkungszuwendung mit keinem Wort aus. Cosacks Ansicht wird auch von sämtlichen anderen Kommentatoren des BGB., soweit sie zu der Frage Stellung nehmen, zurückgewiesen (Dernburg, BGB. Bd. II Abs. 2 S. 118, Crome, BGB. Bd. II S. 504, Oertmann, a. a. O. S. 235). In Übereinstimmung mit diesen Schriftstellern dürften auch nichtrechtsgeschäftliche Zuwendungen, sofern sie nur den vom Gesetz bezeichneten Erfolg herbeiführen, als Schenkungszuwendung anzuerkennen sein; es ist nicht

notwendig, dass der Wille des Zuwendenden, wie beim Rechtsgeschäft, die causa efficiens ist (Burckhard Schenk.-Annahme S. 112), es genügt vielmehr, wenn dieser Wille als die causa movens für den herbeigeführten Erfolg zu betrachten ist: die in Absicht der Schenkung erfolgende Errichtung eines Gebäudes auf dem Grundstücke eines Anderen ist daher Schenkungszuwendung, obwohl die Bereicherung des Grundstückseigentümers rechtlich nicht als Folge der Tätigkeit des Zuwendenden, sondern kraft Gesetzes eintritt. Auch blosse Unterlassungshandlungen können somit als Vollzugsform der Schenkungszuwendung auftreten, sofern nur das Unterlassen auch wirklich als causa für den eingetretenen Erfolg anzuerkennen ist. Unschädlich ist dabei, dass zur Hervorbringung des Erfolges eine mitwirkende Tätigkeit des anderen Teils erforderlich wird; so z. B. beim Unterlassen eines Einredevorbringens im Prozess, welches den Klageanspruch zur Abweisung gebracht hätte; hier ist zur Schaffung des Erfolges die mitwirkende Tätigkeit des Klägers notwendig, aber das Unterlassen des Beklagten schafft doch den Erfolg. Wichtig, wie aus den späteren Ausführungen hervorgehen wird, ist die Unterscheidung zwischen zweiseitigen und einseitigen Zuwendungen; die ersteren verlangen die Mitwirkung des Zuwendungsempfängers, die letzteren bedürfen derselben nicht. Auch die Mitwirkung dritter Personen kann zum Vollzug der Zuwendung notwendig werden; Windscheid (Pandekten Bd. II S. 510) spricht hier von „Zuwendungen unter Heranziehung von Zwischen-

gliedern". — Zur näheren Ausführung des Gesagten, insbesondere zur Belegung mit Beispielen wird später noch Veranlassung genommen werden.

b) Bereicherung des Einen aus dem Vermögen des Anderen.

Den Erfolg, welchen die Tätigkeit des Zuwendenden herbeiführen muss, um die Schenkungszuwendung, das objektive Substrat der Schenkung, zu schaffen, hat der Gesetzgeber als „Bereicherung des Einen aus dem Vermögen des Anderen" gekennzeichnet. Der Entwurf I sprach in § 437 von einer „Zuwendung, durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert und der Andere bereichert wird". Es dürfte sich hier um eine rein redaktionelle Änderung handeln (Planck, Kommentar zum BGB. Bd. II S. 282); das Moment der Vermögensminderung, wie es schon vorher in der gemeinrechtlichen und landrechtlichen Definition des Schenkungsbegriffs enthalten war, sollte auch für das BGB. beibehalten werden (Motive Bd. II S. 286). — Es ist also eine doppelte Folge, welche die Zuwendungstätigkeit herbeiführen muss, um die Schenkungszuwendung zu schaffen. In der Regel wird dem Erfolge der Vermögensminderung auf der einen Seite zugleich derjenige der Bereicherung auf Seiten des Zuwendungsempfängers entsprechen; indessen kann, wie die späteren Ausführungen zeigen werden, ausnahmsweise die Zuwendungstätigkeit das eigene Vermögen vermindern, ohne den anderen Teil zu bereichern,

und andererseits den anderen Teil bereichern, ohne das eigene Vermögen zu vermindern.

Schenkungszuwendungen, d. h. Zuwendungen, welche von der doppelten Folge der Verminderung des eigenen Vermögens des Zuwendenden und der Bereicherung des anderen Teils begleitet sind, werden der Regel nach in folgenden Fällen vorliegen: Zunächst bei der Übertragung eines im Vermögen des Zuwendenden bereits vorhandenen Rechts auf den anderen Teil. Savigny (a. a. O., S. 24) verlangt, und zwar in zu enger Weise unter Verallgemeinerung für alle Schenkungszuwendungen, dass „Etwas aus einem Vermögen ausscheiden und in das andere übergehen müsse". Dieses aus dem Vermögen heraus auf den anderen übertragene Recht kann dinglicher (Eigentumsrechte) oder obligatorischer Natur sein (Cession). Es wird in der Regel im Vermögen des Begünstigten als selbständiges Recht wiedererscheinen, kann aber auch in einem anderen Rechte als Bestandteil aufgehen (inaedificatio, satio). Hier liegt überall die notwendige doppelte Folge vor: das Vermögen des Zuwendenden vermindert sich um ein Recht, der andere Teil gewinnt ein Recht hinzu oder erlangt doch eine Werterhöhung eines bereits besessenen Rechts. Das gleiche Resultat ergiebt sich, wenn der Zuwendende zugunsten des anderen Teils ein in seinem Vermögen befindliches dingliches Recht belastet (Bestellung eines Niessbrauchs, einer Grundgerechtigkeit): auch hier Minderung des Vermögens des Zuwendenden in Folge Minderung des Werts eines zu demselben gehörigen

Rechtes, auf der anderen Seite Neugewinnung eines Rechts oder Erhöhung des Wertes eines bereits im Vermögen befindlichen Rechts. — Als dritte Gruppe erscheinen die Fälle, in welchen der Zuwendende ein in seinem Vermögen befindliches, das Vermögen des Anderen belastendes Recht aufgiebt: Aufhebung oder Verzicht auf dingliche Rechte an Sachen des anderen Teils, Erlass von Forderungsrechten. Als letzter Fall erscheint schliesslich das sogenannte Schenkungsversprechen: die seitens des Zuwendenden dem anderen Teil gegenüber übernommene Verpflichtung zur Vornahme einer der bisher erwähnten Zuwendungstätigkeiten. Auch hier wird sofort der Erfolg der Vermögensminderung und Bereicherung geschaffen; lediglich dass der unmittelbare Eingriff in den Vermögensbestand, das Ausscheiden oder die Belastung eines in demselben befindlichen Vermögensrechts, hier im Gegensatz zu den sonstigen Fällen der Schenkungszuwendung in die Zukunft gesetzt ist. Die durch die Rechtsordnung gewährleistete Möglichkeit, diesen unmittelbaren Erfolg erforderlichenfalls im Wege des Zwanges herbeizuführen, berechtigt hier den Gläubiger und nötigt den Schuldner, denselben für das Vermögen schon jetzt als gegeben anzusehen.

In allen diesen Fällen vollzieht sich, wie einfügend bemerkt werden mag, der Zuwendungsakt in der sonst im Rechtsverkehr für ihn üblichen Form; eine besondere Vollzugsform für die Schenkungszuwendung ist nicht vorgesehen. Nur eine Ausnahme hiervon ist gemacht: bei der Schenkungszuwendung

in Form des Schenkungsversprechens: hier hat der Gesetzgeber in § 518 BGB. als besondere Form die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens vorgeschrieben. —

In der Mehrzahl der Fälle wird sich die Schenkungszuwendung auf die Zuführung einzelner Vermögensrechte beschränken; indessen können auch eine Vielheit derselben zugleich aus dem Vermögen des Einen ausscheiden und in das des Anderen übergehen. Darnach werden auch Vermögensquoten und, obwohl die gesetzliche Definition nur von „Bereicherung aus dem Vermögen" spricht, selbst das ganze Vermögen Gegenstand einer Schenkungszuwendung sein dürfen.

Zweifel können entstehen, ob auch eine Zuwendung, die zwar das Vermögen des Zuwendenden mindert, dem Vermögen des Anderen aber keine positive Vermehrung zuführt, sondern es nur vor einer sonst eingetretenen Verminderung bewahrt, als Schenkungszuwendung anzuerkennen ist. Die Frage spitzt sich dahin zu, ob auch Ersparung einer sonst erfolgten Ausgabe als Bereicherung im Sinne der Schenkungsdefinition anzusehen ist. In der Literatur (Planck, BGB. Bd. II, S. 282, Dernburg, BGB. Bd. II, Abt 2, S. 119) wird diese Frage mit Recht bejaht. Der Begriff der Bereicherung geht eben, wie das bereits im römischen Recht durch den Satz „hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est" (l. 47 § 1 D. 46.3) anerkannt war, über die positive Vermögensvermehrung hinaus. Ausgabenersparnis ganz allgemein ist Be-

reicherung; es ist nicht erforderlich, dass es sich um notwendige Ausgaben handelt. Es entscheidet allein, dass der andere Teil die fraglichen Ausgaben zu machen willens war und durch die Tätigkeit des Zuwendenden hier vor bewahrt blieb; eine Beschränkung auf die notwendigen Ausgaben, wie sie Horn (a. a. O. S. 48) vertritt, oder auf notwendige und nützliche, wie Stolte (a. a. O. S. 42) will, erscheint durch nichts gerechtfertigt — Die Entscheidung, dass auch Ausgabenersparnis als Bereicherung anzusehen ist, hat für das Schenkungsinstitut erheblichste Bedeutung: unter dem Gesichtspunkte einer durch sie vermittelten Ausgabenersparnis rücken nämlich, wie schon früher angedeutet, auch die Zuwendungen immaterieller Güter in das Gebiet der Schenkungszuwendung ein. (Oertmann, a. a. O. S. 233).

Nach der eben getroffenen Entscheidung, dass Verhütung einer sonst eingetretenen Vermögensverminderung als Bereicherung aufzufassen ist, wirft sich fast von selbst die Frage auf, ob nun auch andererseits die Verhinderung einer sonst mit Sicherheit eingetretenen Bereicherung als Vermögensverminderung zu erachten ist. Tatsächlich wird diese Ansicht in der Literatur von Burckhard (Sch.-Begriff S. 117) vertreten. Unleugbar spricht auch trotz des Wortlauts des § 516 BGB. Manches für die Bejahung der Frage. Für das geltende Recht muss sie nichtsdestoweniger mit Bestimmtheit verneint werden, weil das BGB., wohl zur Beseitigung dieser möglichen Zweifel, im § 517 Zuwendungen

der fraglichen Art ausdrücklich vom Begriff der Schenkungszuwendung ausgeschlossen hat. § 517 BGB. lautet dahin:

„Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn Jemand zum Vorteil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt".

Drei Arten von Fällen werden hiernach unterschieden:

Eine Schenkung, d. h. eine Schenkungszuwendung, soll zunächst dann nicht vorliegen, wenn jemand nur einen Vermögenserwerb zum Vorteil eines Anderen unterlässt. Als geeignetstes Beispiel kann der Fall erscheinen, dass der Zuwendende dem anderen Teil gegenüber unter einer Suspensivbedingung berechtigt ist, die Erfüllung dieser Bedingung aber, obwohl dieselbe in seiner Macht steht, in Schenkungsabsicht unterlässt. Hier wirkt zwar die Unterlassung unmittelbar als Bereicherung des anderen Teils, indem derselbe vor einer sonst mit Sicherheit eingetretenen Verminderung seines Vermögens bewahrt bleibt; eine Schenkungszuwendung liegt trotzdem nicht vor, weil mit dem Erlöschen des bedingten Rechts eine Verminderung des Vermögens des Zuwendenden nicht verknüpft ist: das bedingte Recht ist noch kein bestehendes Recht (Planck BGB. Bd. I, S. 20 Anm. 2; Dernburg, Pand. Bd. I, S. 258); durch seine Aufgabe hat der Zuwendende sich zwar die sichere Anwartschaft auf

die Vermehrung seines Vermögens entzogen, dieses selbst aber noch nicht vermindert.

Eine Schenkungszuwendung soll nach § 517 BGB. weiter dann nicht vorliegen, wenn Jemand zum Vorteil eines Anderen auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder drittens eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt. Aus einer vergleichenden Betrachtung des Entwurfs I (§ 439, Abs. 3) geht hervor, dass gerade die Tatbestände der letzteren Art als Beispiele für die Fälle eines angefallenen, noch nicht endgültig erworbenen Rechts gelten sollten. Durch die alternative Anreihung derselben sollte in dieser Auffassung wohl kaum eine Änderung eintreten. Der Grund für die Ausschliessung der Erbschafts- und Vermächtnisausschlagung aus der Gruppe der angefallenen, noch nicht endgültig erworbenen Rechte dürfte vielmehr, wie Stolte (a. a. O., S. 16) meines Erachtens zutreffend bemerkt, darauf zurückzuführen sein, dass das BGB. in gewissen Fällen die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zulässt, bevor der Anfall derselben eingetreten ist: so bei der Nacherbschaft, beim bedingten und befristeten Vermächtnis (§§ 2106, 2139, 2142, 2177, 2180 BGB). Diese Fälle mussten, weil eben noch kein angefallenes Recht vorliegt, jedenfalls aus der Gruppe der „angefallenen, noch nicht endgültig erworbenen Rechte“ ausscheiden. Für dieselbe könnte jetzt als Beispiel in Betracht kommen der Fall der §§ 328, 332 BGB. (Stolte a. a. O.

S. 11): der Dritte hat hier zwar die Leistung unmittelbar erworben, dieser Erwerb ist aber noch kein endgültiger; er kann das erworbene Recht zurückweisen. Macht er hiervon Gebrauch, so wird der Rechtserwerb rückwärts wieder vernichtet: „das Recht gilt als nicht erworben". Diese Regelung entspricht genau der bei Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses. Auch das oben bereits behandelte suspensiv bedingte Recht dürfte in Übereinstimmung mit Oertmann (a. a. O. S. 236) hierher gezählt werden können: der Verzicht auf dasselbe bewirkt ebensowenig eine Minderung des vorhandenen Vermögens wie oben die Unterlassung des Erwerbes durch absichtliche Herbeiführung des Ausfalls der Bedingung. Nicht hierher gehört dagegen der Verzicht auf ein bereits bestehendes, nur hinsichtlich seiner Ausübung an den Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts geknüpftes Recht. — Unter die Bestimmungen des § 517 BGB. will Endemann (BGB. Bd. I S. 1028, Anm. 19) auch den Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch bringen. Das erscheint nicht berechtigt. Wenn Endemann zur Begründung seiner Ansicht anführt, dass der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch vielfach im Gesetzbuch (§§ 1406, 1453, 1643, 1822 BGB). der Erbschaft gleich behandelt werde, so übersieht er, dass gerade in der hier in betracht kommenden Beziehung, nämlich hinsichtlich der Möglichkeit der Rückgängigmachung des Erwerbs, diese Gleichbehandlung nicht vorliegt; der Pflichtteilanspruch ist dem Vermögen endgültig erworben, der Verzicht auf ihn ist wahre

Vermögensminderung (P l a n c k a. a. O. Bd. II S. 284, auch Motive Bd. II S. 291). Das charakteristische Merkmal aller dem § 517 BGB. unterfallenden Zuwendungsakte, dasjenige, was sie vom Begriff der Schenkungszuwendung ausschliesst, ist der Mangel einer Verminderung des in den Händen des Zuwendenden befindlichen Vermögens. Die Zuwendungstätigkeit beschränkt sich auf die Unterlassung eines möglichen n e u e n Vermögenserwerbs. Die Fälle der Erbschafts- und Vermächtnisausschlagung, in denen es wegen des kraft Gesetzes eintretenden Erwerbes derselben (§§ 1942, 1946, 2176 BGB.) zweifelhaft sein konnte, ob nicht Verminderung des bereits erworbenen Vermögens vorläge, sind vom Gesetzgeber gerade wegen der Eigenartigkeit der Rechtslage in § 517 BGB. ausdrücklich aufgeführt worden (Motive Bd. II S. 29).

Ein richtiges Verständnis des § 517 BGB. ist insofern noch von besonderer Wichtigkeit, als die Bestimmungen desselben, wie später zu zeigen, in der Literatur herangezogen werden, um gewisse nunmehr zu erörternde Vermögenszuwendungen aus dem Kreise der Schenkungszuwendungen auszuschliessen. Es handelt sich um die rechtlich nicht unzweifelhaften Fälle der Schenkungen durch unentgeltliche Gebrauchsüberlassung, Dienstleistung, Verwahrung u. s. w.

Die Inanspruchnahme fremder Sachen oder Dienste ohne Entrichtung eines Entgelts nimmt im bürgerlichen Leben einen grossen Raum ein: Aber

nicht alle diese Tatbestände werden auch für das Recht erheblich; die überwiegende Zahl derselben scheidet von vornherein von der rechtlichen Betrachtung aus, weil die Parteien nicht den Willen haben, ihre Beziehungen zu einander unter die Formen des objektiven Rechts zu stellen (Burckhard, Schenk.-Begriff S. 37): die Berherbung eines Freundes, die Einladung und die Speisung von Gästen, das ganze grosse Gebiet der gesellschaftlichen Gefälligkeiten scheidet aus dem Kreise der Schenkungszuwendung aus, weil diese Zuwendungen — in ihrer Einwirkung auf das beiderseitige Vermögen oft von erheblicher Bedeutung — nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten für das Recht irrelevant bleiben sollen. Haben aber die Beteiligten den Willen, ihre Beziehungen zu einander den rechtlichen Normen zu unterstellen, so handelt es sich nicht mehr, wie Oertmann (a. a. O. S. 234) meint, nur um die „Überlassung rein faktischer Gefälligkeiten", sondern um Rechtsverhältnisse, welche für das Institut der Schenkung von erheblichster Bedeutung sind.

Die Frage, ob die Überlassung des Gebrauchs einer Sache — dieser Tatbestand soll zunächst geprüft werden — als Schenkungszuwendung, insbesondere als Vermögensverminderung anzusehen ist, wird in der Literatur (Dernburg, Oertmann, Crome, Stolte, S. 23) im Allgemeinen unter dem Gesichtspunkt betrachtet, ob durch die Überlassung dem Zuwendenden ein aus dem

Gebrauch der Sache sonst mit Sicherheit erwachsener Vermögenserwerb entgangen ist oder nicht. Bei Bejahung der Frage wird Vermögensverminderung auf Seiten des Überlassenden angenommen; andernfalls nicht: die Überlassung eines Buches, welches sonst unbenutzt im Schranke gestanden hätte, gilt, auch wenn der andere durch dieselbe bereichert worden ist, nicht als Schenkungszuwendung; die Überlassung einer Mietswohnung, welche der Überlassende gegen Entgelt vermieten konnte — eine Bereicherung des andern Teils, insbesondere Ausgabenersparnis vorausgesetzt — als Schenkungszuwendung.

Diesem Resultat kann beigetreten werden, nicht aber der Begründung, welche es in der Literatur gefunden hat. Erwähnenswert ist zunächst die Ansicht Windscheids (Pand. Bd. II § 365 Anm. 6 S. 509: die Vermögensminderung — so führt er aus — liege in dem Verzicht auf die Nutzung des überlassenen Vermögensstückes zu Gunsten des anderen Teils: das Vermögen sei dazu da, Ertrag zu gewähren und gewähre ihn mit einer derartigen Sicherheit, dass auch der künftige Ertrag gleichsam schon jetzt Vermögensbestandteil sei. — Windscheid greift damit zur Fiktion: er fingiert, dass der künftige Ertrag schon jetzt Bestandteil des Vermögens sei, um so dazu zu gelangen, den Verzicht auf diesen Ertrag als Minderung des gegenwärtigen Vermögens hinzustellen. Der Mangel dieser Begründung ruht in dem Wesen der Fiktion: sie stellt etwas als wahr hin, was nicht wahr ist. Der künftige Ertrag ist eben unzweifelhaft nicht

Bestandteil des gegenwärtigen Vermögens, der Verzicht auf ihn daher auch nicht Minderung dieses Vermögens. — Savigny (a. a. O. S. 49), der im Resultat mit Windscheid übereinstimmt, erkennt ausdrücklich an, dass jener künftige Ertrag noch nicht Bestandteil des Vermögens ist; er meint aber, „Die regelmässige Natur gewisser Arten der Produktion (Mietsertrag eines Hauses, Frucht- oder Pachtvertrag eines Landgutes) führe es mit sich, dass auch dasjenige, was noch nicht zu unserm Vermögen gehöre, als Gegenstand wahrer Veräusserung und somit auch wahrer Schenkung betrachtet werden könne.“ Dem kann ebensowenig wie der Windscheid'schen Ansicht beigetreten werden; die blosse Aufgabe eines wenn auch sicheren Vermögenserwerbes ist noch keine Vermögensminderung. Das Unzureichende dieser Ausführungen dürfte meines Erachtens darin zu suchen sein, dass Windscheid wie Savigny es unterlassen, den rechtlichen Charakter der dem andern Teil durch die Gebrauchsüberlassung zugeführten Befugnisse zu prüfen In Wirklichkeit handelt es sich nicht bloss um den Verzicht auf eine sonst eingetretene Vermögensvermehrung, sondern um die Übertragung eines selbständigen Vermögensrechts aus dem Vermögen des Zuwendenden.

Die grosse Mehrheit der im Vermögen befindlichen Sachen kommt für den Vermögensinhaber in zweifacher Beziehung als Wertträger in Betracht, nämlich als Tauschwerte und als Gebrauchswerte. Während nun der Tauschwert die Grundlage des

Güterverkehrs abgiebt, wird der Gebrauchswert nur bezüglich einer geringen Anzahl von Sachen von vermögensrechtlicher Bedeutung sein. In den meisten Fällen hat der Sacheigentümer, selbst wenn er der Sache nicht zu eigenen Zwecken bedarf, nicht den Willen, den in ihr steckenden Gebrauchswert zur Vergrösserung seines Vermögens auszubeuten. Gewisse Sachen sind dagegen von vornherein dazu bestimmt, vermittels des in ihnen steckenden Gebrauchswertes die Quelle neuer Vermögenswerte für den Sacheigentümer zu werden (Mietshäuser, Kapitalien). Durch diese ihnen durch den Willen des Eigentümers gegebene Bestimmung werden sie aber noch nicht zum vermögenschaffenden Wert. Notwendig ist vielmehr des Weiteren, dass der Eigentümer nach Lage der Verhältnisse im Stande ist, seinen Willen zu dem gewünschten Ziele, nämlich zur wirklichen Vergrösserung des Vermögens, durchzuführen. Besteht diese bestimmte Aussicht, so kommt der Gebrauchswert der Sache als wirklicher und selbständiger Vermögenswert für das Vermögen des Sacheigentümers zur Geltung. Aber auch in diesem Falle hat er zunächst nur die Natur eines wirtschaftlichen Werts; er erscheint nur als Bestandteil des Vermögens im wirtschaftlichen Sinne. Zum Vermögensrecht wird der Gebrauchswert erst dadurch, dass er in die Fessel eines besonderen Rechtsverhältnisses geschlagen wird. Die rechtliche Bindung des Eigentümers, wie sie in gleicher Weise bei der entgeltlichen wie unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung in Form der Verpflich-

tung zur Belassung der Sache während der vereinbarten Gebrauchszeit zum Ausdruck kommt, wirkt aus dem rein faktischen Hingeben eines wirtschaftlichen Wertes die Aufopferung eines Vermögensrechts. Das rechtliche Verhältnis, welches die Parteien verknüpft, hat die doppelte Funktion, den Vermögenswert zum Vermögensrecht umzuschaffen und dieses Vermögensrecht zugleich aus dem Vermögen des Überlassenden in das des anderen Teils überzuführen. Es liegt hier ein ähnliches Rechtsverhältnis vor wie etwa beim Wechselbegebungsvertrag, wo auch die Ausstellung des Wechsels das Vermögensrecht schafft und zugleich auf den andern Teil überträgt.

Ob nun der Eigentümer, wie das oben zur Erhebung des Gebrauchswertes zu einem wirklichen Vermögenswert für notwendig erklärt wurde, willens war und die bestimmte Aussicht hatte, die überlassene Sache zur Vergrösserung seines Vermögens auszunutzen, wird sich nur nach den Verhältnissen des einzelnen Falles mit Sicherheit entscheiden lassen. Nicht genügend ist es, dass er den Gebrauch der Sache sonst nur gegen Entgelt zu überlassen pflegte (Entsch. des Reichsge. im Sächs. Archiv. Bd. 10 S. 244).

Wie nun nicht jede Gebrauchsüberlassung eine Vermögensminderung auf Seiten des Überlassenden zur Folge haben wird, so führt sie auch nicht auf Seiten des Gebrauchsempfängers jedes Mal mit Notwendigkeit eine Bereicherung herbei Dies wird vielmehr nur dann der Fall sein, wenn ihm durch

die Gebrauchsüberlassung eine sonst eingetretene Ausgabe erspart wird oder der Gebrauch der Sache selber eine Vergrösserung seines Vermögens im Gefolge hat (Überlassung einer fruchttragenden Sache durch Eigentumserwerb an den Früchten). (Seufferts Archiv Bd. 23, S. 211).

Wie früher bereits angedeutet, werden in der Literatur, und zwar von Cosack (a. a. O. Bd. I S. 495) die oben gewonnenen Resultate unter Berufung auf den § 517 BGB. in Zweifel gezogen. Die Ausführungen Cosacks laufen darauf hinaus, dass die durch die Gebrauchsüberlassung verursachte Vermögensverminderung nichts anderes sei, als die Ablehnung eines künftigen Vermögenserwerbes. Die Widerlegung dieser Ansicht ist in den vorstehenden Ausführungen bereits gegeben. Das charakteristische Merkmal der in § 517 BGB. behandelten Fälle ist, wie bei Erläuterung desselben ausgeführt wurde, dass die Zuwendungstätigkeit sich auf Unterlassung einer möglichen Vermögensvermehrung beschränkt. Bei der Gebrauchsüberlassung aber wird nach der oben gegebenen Darstellung nicht lediglich ein Vermögenserwerb unterlassen, sondern aus dem Vermögen des Zuwendenden ein Vermögensrecht auf den andern Teil übertragen. Cosack widerspricht sich übrigens selber, indem er (a. a. O. S. 495) zugiebt, dass Gebrauchsüberlassung auf festbestimmte Zeit Schenkung sein könne. Der Grund für diese Unterscheidung ist nicht recht zu ersehen; wenn die

Gebrauchsüberlassung, wie C o s a c k meint, nur die Ablehnung eines künftigen Erwerbes ist, so kann es keinen Unterschied machen, ob diese Ablehnung auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit erfolgt.

Dieselben Grundsätze wie bei der Überlassung des Gebrauchs einer Sache, greifen bei der Leistung von Diensten Platz, und zwar ohne Unterscheidung, ob es sich um Dienste höherer oder niederer Art handelt. Auch hier ist entscheidend, ob die fraglichen Dienstleistungen nach den Lebensverhältnissen des Zuwendenden (Beruf, Gewerbe) zur regelmässigen Herbeiführung eines Vermögenserwerbes bestimmt waren, und die Erreichung dieses Zieles durch die Überlassung der Dienste an den anderen Teil verhindert worden ist. Nicht genügend ist auch hier, dass die fraglichen Dienstleistungen von dem Zuwendenden sonst nur gegen Entgelt gewährt wurden; vielmehr muss dem Zuwendenden durch die Dienstleistung ein sonst mit Gewissheit eingetretener Vermögenserwerb entzogen worden sein; bloss gelegentliche Dienstleistungen kommen daher als Vermögensminderung nicht in Betracht. —

Desgleichen wird auch der andere Teil durch die Dienstleistung nur bereichert, wenn ihm durch dieselbe eine sonst eingetretene Ausgabe erspart oder eine unmittelbare Vermehrung bezw. Verbesserung der in seinem Vermögen befindlichen Werte herbeigeführt wird (Verrichtung von Feldarbeiten, Veredelung von Obstbäumen).

In der Literatur ist gerade bezüglich der unentgeltlichen Dienstleistungen das Vorliegen einer

Vermögensminderung auf Seiten des Zuwendenden in Zweifel gezogen worden. Meyerfeld verneint dieselbe für alle Fälle. Förster (Preussisches Privatrecht Bd. II S. 9 Anm. 13) hebt gegenüber den Ausführungen Dankwardt's (National-Ökonomie und Jurisprudenz, Heft 2 S. 48), „dass die Produktivdienste an sich Güter, Werte seien wenn sie auch nicht als Vermögensbestandteile gälten" hervor, dass hier wohl ein Reicher- und Ärmerwerden im ökonomischen Sinn vorliege, dass es dagegen an einem „deminuere bona" fehle. Aus demselben Bedenken will auch Stolte (a. a. O. S. 18 ff.), welcher hinsichtlich der Gebrauchsüberlassung unter den oben festgestellten Voraussetzungen Vermögensverminderung annimmt, hier dieselbe verneinen. In der Dienstleistung — so meint Stolte (a. a. O. S. 20) – liege lediglich die Zurverfügungstellung der produktiven Arbeitskraft; diese aber gehöre nicht zum Vermögen im juristischen Sinne. Folglich komme, falls selbst der andere Teil durch die Dienstleistung bereichert würde, diese Bereicherung nicht aus dem „Vermögen" des Zuwendenden, wie es § 516 BGB. für die Schenkungszuwendung zur Bedingung mache.

Die Bedenken, welche Stolte hier erhebt, hätten mit derselben Berechtigung auch bei der Gebrauchsüberlassung geltend gemacht werden können. Auch diese hebt weder das Eigentumsrecht des Überlassenden an der Sache auf, noch mindert sie dasselbe; die Sache behält trotz der Gebrauchsüberlassung ihren vollen Wert. Zur Verfügung

gestellt ist dem andern Teil allein der Gebrauchswert derselben, welcher ebenso wie die Arbeitskraft zunächst nur Vermögenswert im wirtschaftlichen Sinne ist. Was aber dort von der Umschaffung dieses Vermögenswertes im wirtschaftlichen Sinne zum Vermögensrecht gesagt ist, kommt auch für den wirtschaftlichen Vermögenswert der Arbeitskraft zur Geltung. Durch die rechtliche Bindung des Besitzers dieses Vermögenswertes, durch die Schaffung eines Rechtsverhältnisses, welches diesen Wert dem andern Teil zuführt, wird die Entäusserung desselben, wie sie sich in Gestalt der Dienstleistung vollzieht, zur Hingabe eines Vermögensrechtes, zur Minderung des Vermögens im juristischen Sinne. Eine solche rechtliche Bindung besteht aber auch bei der unentgeltlichen Dienstleistung. Es handelt sich hier nicht um rein faktische Vorgänge, sondern um Rechtshandlungen; die Leistung der Dienste charakterisiert sich als Erfüllungshandlung, aus Ausfluss eines durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien geschaffenen und sofort vollzogenen Verpflichtungsverhältnisses. —

Dass die unentgeltliche Leistung von Diensten Gegenstand einer Schenkung sein könne, ist in den Motiven (Bd. II S. 459) bei Behandlung des Dienstvertrages ausdrücklich anerkannt. Bei der Hervorhebung des Moments der Vermögensminderung, wie sie gerade der Entwurf I zeigt, würde hier, falls nach dem Willen des Gesetzgebers die unentgeltliche Leistung von Diensten niemals als Vermögensminderung gelten sollte, ein auffallender

Widerspruch vorliegen. Auch in der bisher erschienenen Literatur des BGB. wird gegen die Ansicht Stoltes und gegen Cosack (a. a. O. S. 494), welcher hier gleichfalls wieder den § 517 BGB. eingreifen lassen will, die Möglichkeit einer Schenkung durch Dienstleistungen unter den oben aufgestellten Voraussetzungen anerkannt. (Dernburg BGB. Bd. II S. 119, Oertmann S. 233, Staudinger BGB. S. 261, Crome Bd. II S. 504 Anm. 4).

Vom gleichen Standpunkt wie die Überlassung des Gebrauchs einer Sache ist die Hingabe eines zinslosen Darlehns zu beurteilen. Auch hier handelt es sich trotz des Übergangs der dargeliehenen Geldsumme in das Eigentum des Empfängers im Grunde doch nur um die Überlassung des Kapitalgebrauchs für eine bestimmte Zeit. Savigny (a a. O. Bd. IV S. 37 ff.) will hier im Widerspruch zu dem von ihm bei der Gebrauchsüberlassung anderer Sachen eingenommenen Standpunkte das Vorliegen einer Schenkung verneinen, weil die Ausnutzung eines Kapitals sich als etwas durchaus Willkürliches darstelle. Diese Anschauung dürfte in den heutigen Wirtschaftsverhältnissen keine Rechtfertigung finden. Gerade die Kapitalien gehören, wie oben bereits angedeutet, zu den Vermögensbestandteilen, welche ihrer Natur nach zur gewinnbringenden Ausnutzung vorzüglich geeignet erscheinen und auch am leichtesten genutzt werden können (Sparkassen-Anlage in Wertpapieren u. s. w.) In der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung eines Kapitals wird man daher von

vornherein geneigt sein, eine Vermögensminderung des Darlehnsgebers, zum mindesten in Höhe der üblichen Bank- oder Sparkassenzinsen anzunehmen. Immerhin sind auch hier Fälle möglich, in welchen der Kapitalseigentümer aus irgend einem Grunde nicht den Willen zur Nutzung seines Eigentums gehabt hat, mithin auch durch die unentgeltliche Hingabe desselben keine Vermögensminderung erleidet.

Dieselben Gesichtspunkte greifen hinsichtlich der Bereicherung des Darlehnsempfängers Platz. Auch hier wird in der Regel, weil Darlehen gewöhnlich nur zur Befriedigung eines Geldbedürfnisses aufgenommen zu werden pflegen, eine Bereicherung des Darlehnsempfängers um den Betrag angenommen werden können, welcher sonst als Entgelt für die Überlassung des Geldes von ihm hätte entrichtet werden müssen.

Streitig war im gemeinen Recht die Frage, ob Erlass künftiger versprochener Zinsen als Schenkung zu betrachten sei. Das römische Recht hatte dies in l. 23 pr. D. 39,5 ausdrücklich verneint. Die Motive (Bd. II S. 290) meinen, die gemeinrechtliche Streitfrage sei wohl durch die Bestimmungen des § 439 Abs. 2 (Entwurf I) als in bejahendem Sinne entschieden anzusehen: „es handle sich hier weder um angefallene noch nicht erworbene Vermögensrechte, noch könne von der Unterlassung eines erst zu machenden Vermögenserwerbes gesprochen werden". Entsprechend wird die Frage in der Literatur allgemein bejahend entschieden (Planck a. a. O. Bd. II S. 282, Endemann Bd. I S. 1028

Anm. 19) Dem dürfte auch, zum mindesten für auf bestimmte Zeit gegebene Darlehen zuzustimmen sein. Die Zinsen sind hier lediglich das von vornherein versprochene Entgelt für die Darlehnsüberlassung, dessen Zahlung, vornehmlich im Interesse des Schuldners auf eine bestimmte Anzahl von Terminen verteilt ist. Der Gläubiger erwirbt diesen Anspruch sofort bei Hingabe des Darlehns, und nur die Geltendmachung desselben ist durch Parteivereinbarung an den Ablauf gewisser Zeitfristen geknüpft. Der Verzicht auf derartige Zinsansprüche fällt nicht unter die Bestimmungen des § 517 BGB. Zweifelhafter dürfte die Entscheidung bei nicht auf bestimmte Zeit gegebenen Darlehen sein. Hier wird der Zinserlass so zu behandeln sein, als ob der Gläubiger das Darlehn gekündigt und aufs Neue zinslos hingegeben hätte. Die besonderen Verhältnisse der Parteien müssen dann entscheiden, ob Vermögensminderung und Bereicherung anzunehmen ist.

Früher bereits wurde ausgeführt, dass der Erlass eines Forderungsrechts Grundlage einer Schenkungszuwendung sein könne. Es ist hier des Weiteren zu prüfen, ob in einem solchen Erlass auch dann eine Schenkungszuwendung enthalten ist, wenn die Forderung mit einem ihre Geltendmachung seitens des Gläubigers hindernden rechtlichen Mangel behaftet ist.

Dieser Mangel kann verschiedener Natur sein: er kann einmal das Forderungsrecht in seinem ganzen Bestande ergreifen, so z. B. bei Forderungen aus nichtigen oder mit Erfolg angefochtenen

Rechtsgeschäften. Hier besteht zwar äusserlich noch der Schein einer Verpflichtung; in Wirklichkeit aber ist dieselbe in ihrem innersten Bestande zerstört. Wird ein derartiges Scheinrecht zum Gegenstand eines Erlassvertrages gemacht, so liegt in dem Erlass nur die formelle Bestätigung eines materiell bereits vorhandenen Zustandes (Savigny a. a. O. S. 56, 127; Stolte S. 40). Von einer Verminderung des Vermögens des Erlassenden und einer Bereicherung des anderen Teils kann hier nicht die Rede sein.

Zweifelhafter erscheint die Entscheidung in den Fällen, in welchen der Mangel das Recht nicht in seinem ganzen Bestand vernichtet, sondern nur des Moments der Klagbarkeit beraubt. Gedacht ist an die Verpflichtungen aus verjährten Forderungen, aus Wette, Spiel, Ehemakellohn u. s. w. Diese Fälle sind vom Gesetzgeber zwar hinsichtlich der Möglichkeit eines Anerkenntnisses, einer Bürgschaft und Aufrechnung verschieden behandelt; gemeinsam aber ist ihnen der Mangel der Klagbarkeit einerseits und die Zulässigkeit der Erfüllung andererseits. Im Gegensatz zu den früher behandelten Fällen besteht hier eine Verpflichtung des Schuldners, aber sie besteht nur als natürliche Verbindlichkeit: der Gläubiger ist bezüglich seines Anspruchs mangels zwangsweiser Durchführung desselben auf den guten Willen des Schuldners angewiesen. Ist dieser zur Leistung nicht bereit, so ist die rechtliche Lage des Gläubigers dieselbe als wenn sein Anspruch von vornherein nichtig wäre. Wegen dieser im Enderfolg gleichen Rechtslage will nun Stolte (a. a. O. S. 39)

auch dem Erlass derartiger zwar erfüllbarer aber nicht klagbarer Ansprüche den Charakter einer Schenkung absprechen. Eine solche verallgemeinernde Entscheidung dürfte jedenfalls nicht gerechtfertigt sein. Durch die Zulassung der Erfüllbarkeit dieser Verpflichtungen hat das Gesetz selber den wesentlichen Unterschied von den früher behandelten zum Ausdruck gebracht. Es handelt sich hier nicht, wie bei jenen um ein Scheinwesen von Recht, sondern wie Savigny (a. a. O. Bd. VI S. 57) betont, um ein reelles Vermögensstück Die Klagbarkeit eines Rechtes ist unzweifelhaft eine der wertvollsten Eigenschaften desselben, aber sie erschöpft nicht den Wert des Rechts; die im Verkehrleben häufige Erfüllung auch derartiger Verpflichtungen beweist, dass es sich bei ihnen nicht um ein vermögensrechtliches Nichts handelt. Allerdings hängt der Wert dieses Vermögensstückes in letzter Beziehung vom Erfüllungswillen des Schuldners ab; aber dieser Wille äussert sich nicht nur in der Zahlung, sondern auch in dem Abschluss des Erlassvertrages. Der Schuldner, welcher in Kenntnis der Unklagbarkeit des Anspruchs seine Mitwirkung zum Abschluss des Vertrages leiht, bekundet damit in der Regel, dass er die Verpflichtung als gegen sich wirksam gelten lassen wolle. Ist das der Fall, dann handelt es sich beim Erlass einer derartigen Verpflichtung nicht nur, wie Stolte meint, um „die Befreiung des Schuldners von einem moralischen Druck", sondern um wirkliche Vermögensminderung und Bereicherung im Sinne der Schenkungsdefinition. Möglich ist zwar auch

eine solche Lage des Falls, dass der Schuldner gegenüber dem Angebot des Gläubigers zum Erlass seiner Forderung seinen mangelnden Willen zu Erfüllung derselben ausdrücklich zur Geltung bringt. Entschliesst sich der Gläubiger trotzdem zum Erlass, so dürfte hier allerdings die Frage nach dem Vorliegen einer Schenkungszuwendung zu verneinen sein.

Die bisher behandelten Fälle verlangten fast durchgängig zur Herbeiführung des für die Schenkungszuwendung begrifflich notwendigen Erfolges der mitwirkenden Tätigkeit des zu Beschenkenden. Sie charakterisierten sich nach der früher gegebenen Unterscheidung als zweiseitige Zuwendungen. Die Schenkungszuwendung kann sich aber auch ohne Wissen und Willen des zu Begünstigenden vollziehen als einseitige Zuwendung. In Betracht kommen zunächst Fälle, in welchen der Zuwendende durch einseitiges positives Tun den zur Schenkungszuwendung nötigen Erfolg herbeiführt, z. B. absichtliche Vernichtung einer das Forderungsrecht verkörpernden Urkunde (Cosack a. a. O. Bd. I S. 493). Die Zuwendungstätigkeit kann sich ferner in einem Unterlassen äussern, sofern nur dieses Unterlassen, wie früher betont, ein beabsichtigtes ist und den Erfolg der Vermögensminderung und Bereicherung herbeiführt. Als Schuldbeispiel für das frühere Recht kam hier in Betracht: das absichtliche Erlöschenlassen einer Servitut durch Nichtgebrauch (Savigny Bd. IV S. 564). Auch für das geltende Recht lassen sich Beispiele derartiger Schenkungszuwendungen

durch Unterlassen unschwer finden: so z. B. wenn der Inhaber eines mit einem Gewinne gezogenen Lotterieloses absichtlich die Frist zur Abhebung des Gewinnes verstreichen lässt. — Einen besonderen Platz unter den einseitigen Schenkungszuwendungen nehmen die Zuwendungen durch Vermittelung dritter Personen ein. Die Mitwirkung des Dritten zur Herbeiführung des Zuwendungsverfolges kann eine verschiedene sein: der Dritte kann zunächst als Gläubiger des zu Beschenkenden erscheinen; z. B. in Schenkungsabsicht erfolgende Zahlung einer fremden Schuld. Der Dritte kann aber auch vom Zuwendenden als blosses Werkzeug zur Herbeiführung des Schenkungserfolges benutzt werden: so, wenn der Zuwendende dem zu Beschenkenden ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Dritten verschafft, oder der Dritte im Namen und für Rechnung des Zuwendenden eine Leistung an den zu Beschenkenden bewirkt. Die Bereicherung des Dritten dürfte hier zweifellos sein; Bedenken könnten nur entstehen, ob diese Bereicherung auch aus dem Vermögen des Zuwendenden kommt. Auch diese Frage ist zu bejahen. Die Bereicherung erscheint zwar nach aussen hin als aus dem Vermögen des Dritten erfolgend, in Wirklichkeit aber hat sie ihren Ursprung im Vermögen des Zuwendenden selber. Dieser hat nur durch die Verpflichtung des Dritten zur direkten Leistung an den zu Beschenkenden dieser Leistung den Umweg durch das Vermögen des Zuwendenden erspart.

B. Schenkungseinigung.

a) Inhalt derselben.

Unter dem objektiven Moment der Schenkungszuwendung vereinigen sich, wie die bisherigen Ausführungen zeigten, Tatbestände der verschiedensten Art. Was sie alle zur Einheit erhebt, nämlich zum Begriff der Schenkung, ist erst das zweite der in § 516 BGB. aufgestellten Momente: die Schenkungseinigung. Der Zuwendende und der durch die Zuwendung objektiv Begünstigte müssen einig sein, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Das in dieser Einigung enthaltene wichtige Criterium des Vertragscharakters der Schenkung wird später zur Darstellung gelangen. Hier soll die Einigung der Parteien zunächst ihrem Inhalte nach Erörterung finden. — Die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung bildet den Rechtsgrund derselben (Planck a. a. O., II, S. 282). Eine Vermögenszuwendung ist niemals Selbstzweck; in der Natur des Menschen liegt es vielmehr, mit jeder bewussten Tätigkeit, und als solche ist ja die Schenkungszuwendung oben charakterisiert, einen bestimmten Zweck zu verfolgen. In der Erreichung dieses Zweckes findet die Vermögenszuwendung ihren Rechtsgrund, ihre Causa (Dernburg, Pand. I S. 223). Dementsprechend ist auch für die Schenkungszuwendung in der Literatur die Aufstellung eines positiven Zweckes versucht worden.

Windscheid (a. a. O. Bd. II, S. 342) sieht den Zweck der Schenkungszuwendung in der Bereicherung des andern Teils. Die Schenkung ist

nach seiner Ansicht die Bereicherung des Andern um der Bereicherung willen. Dem Einwurf, dass der Schenkende neben der Bereicherung auch andere Zwecke verfolgen könne, sucht Windscheid dadurch zu begegnen, dass er mehrere Absichten, welche mit der Schenkungszuwendung verfolgt werden können, als zulässig anerkennt und nur verlangt, dass die Bereicherungsabsicht die „erste Absicht" des Zuwendenden darstellen müsse. Ähnlich meint Savigny (a. a. O. Bd. IV, S. 86): „durch die Einmischung eines eigennützigen Beweggrundes werde die Schenkung nicht ausgeschlossen; es sei nur nötig, dass die Bereicherung des Andern in der Reihe der Zwecke des Handelnden liege". Diese Begriffsbestimmung des Schenkungszwecks kann nicht genügen. Die Parteien können wohl beim Abschluss des Rechtsgeschäfts von den verschiedensten Beweggründen geleitet sein; der rechtlich erhebliche Zweck desselben ist aber notwendigerweise ein einheitlicher. Zudem würden nach der Windscheid'schen Ansicht aber auch alle Fälle, in welchen dem Zuwendenden die Bereicherungsabsicht überhaupt fehlt, die Zuwendung nur zur Befriedigung egoistischer Zwecke erfolgt, vom Begriff der Schenkung ausgeschlossen sein.

Eine andere, von Dernburg (Pand. II S. 288) und Bekker (a. a. O. II S. 181) vertretene Ansicht stützt sich für die begriffliche Feststellung des Schenkungszwecks auf den Wortlaut der l. 1 pr. D. 39,5: propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat. Bekker spricht

von der „Absicht des Zuwenders, sein Wohlwollen uneigennützig zu betätigen. Dernburg sagt: „Die Schenkung muss aus der Absicht der Bezeigung einer Freigebigkeit hervorgehen.“ Diese Begriffsbestimmung des Schenkungszwecks wird kaum mehr befriedigen als die von Windscheid gegebene. Abgesehen davon, dass es schwierig ist, im einzelnen Fall zu entscheiden, ob eine Zuwendung sich als eine Betätigung uneigennützigen Wohlwollens darstellt oder nicht, würden auch hier die zwar nicht normalen (Burckhard, Schenk.-Begriff S. 25), aber im Verkehrsleben vorkommenden, nur aus dem Egoismus hervorgehenden Zuwendungen vom Schenkungsbegriff ausgeschlossen sein; also derselbe Mangel, an dem schon die Windscheid'sche Begriffsbestimmung krankt.

Bereits vor der Entstehung des BGB. hatte die Erkenntnis Platz gegriffen, dass sich der Rechtsgrund der Schenkung in positiver Form nicht erschöpfend zum Ausdruck bringen lässt. Ausgehend von dem die Schenkung charakterisierenden Mangel jeden wirtschaftlichen Zweckes der Vermögenszuwendung wird nunmehr als Schenkung diejenige Vermögenszuwendung bezeichnet, welcher alle im Wirtschaftsleben sonst verfolgten rechtserheblichen Zwecke fehlen. Damit wird nun nicht etwa die Schenkung zu einem Geben propter nullam causam (Burckhard, Schenk.-Begriff S. 129); sondern der den Parteien zur Erkenntnis kommende Mangel jeder positiven causa für die Zuwendung wird zur besondern eigenartigen causa der Schenkung. Baehr (Anerkennung S. 12)

hat das treffend dahin formuliert: „der Charakter der Schenkung besteht in der Idealisierung der Vermögensübertragung mit ihrem Zweck; mithin in der Negation einer anderweiten causa. Diese bewusste Negation wird subjektiv selbst zu einer causa. Der Schenkung gegenüber stehen die mannigfachen Fälle, wo die Vermögenszuwendung um eines ausser ihr liegenden Zweckes vorgenommen wird, also eine positive causa vorhanden ist".

Das BGB. hat sich, wie unbedenklich behauptet werden darf, der letzt entwickelten Ansicht angeschlossen. Während im Entwurf I noch die Bereicherungsabsicht zum begrifflichen Erfordernis der Schenkung gemacht ist, erscheint bereis im Entw. II als Rechtsgrund der Schenkung etwas Negatives: die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Durch diese wichtige Änderung ist die Bereicherungsabsicht als Begriffserfordernis der Schenkung beseitigt; die Absichten des Zuwendenden, mögen sie wohlwollender, guter oder auch unedelster Art sein (Burckhard, Schenk.-Begriff S. 28), kommen für die causa der Vermögenszuwendung nicht in Betracht; sie bleiben nur Motiv (Protokolle S. 1616).

Der Begriff der Unentgeltlichkeit erschöpft sich, wie oben erwähnt, in etwas Negativen: die Einigung über die Unentgeltlichkeit der Vermögenszuwendung ist nichts Anderes als die von den Parteien vertragsmässig getroffene Feststellung der Abwesenheit der sonst bei Vermögenszuwendungen eingreifenden rechtlich bedeutsamen Causae. (Lenle, Civilist.

Archiv Bd. 74 S. 231.) Entsprechend wird sich auch die nachstehende Erörterung des Inhalts der Schenkungseinigung im Wesentlichen auf die Prüfung der Frage beschränken können, ob den objektiv sich als Schenkungszuwendung charakterisierenden Rechtsakten eine der sonst den Rechtsverkehr beherrschenden causae zu Grunde liegt.

Als solche das Moment der Unentgeltlichkeit ausschliessende andere Causa kommt zunächst die causa solvendi in Betracht: an einer unentgeltlichen Zuwendung fehlt es stets dann, wenn die Zuwendung zur Tilgung einer dem Zuwendenden gegenüber dem andern Teil obliegenden Verpflichtung dienen soll. Hier findet die Zuwendung ihr Entgelt in der Befreiung von der Verpflichtung (Burckhard, Schenk.-Begriff S. 126). Diese Verpflichtung kann ihrerseits eine verschiedenartige Natur haben. Sie kann aus einer vom Zuwendenden durch Rechtsgeschäft übernommenen Verpflichtung zur Leistung an den andern Teil herrühren: so z. B. die Vermögenszuwendungen in Erfüllung gegenseitiger Verträge: Übereigenung der Kaufsache; Rückzahlung der Darlehnssumme; auch die zum Vollzug des Schenkungsversprechens erfolgenden Vermögenszuwendungen gehören hierher. Erst Mangels des Moments der Unentgeltlichkeit scheiden alle diese den Erfordernissen einer Schenkungszuwendung an sich genügenden Zuwendungen aus dem Begriff der Schenkung aus.

Die Verpflichtung kann sich aber auch direkt aus dem Gesetze herleiten. Endemann (a. a. O.

I S. 1029) bezeichnet es dahin: „das Schuldverhältnis entnimmt seinen Verpflichtungsgrund aus einem Tatbestand kraft Gesetzes". Und zwar können diese kraft positiven Rechtssatzes erwachsenden Verpflichtungen zur Leistung rein privatrechtlicher Natur sein (Leistungen in Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltsverpflichtung) oder auch schon in das öffentliche Recht hinüberspielen: Armenunterstützung der Gemeinden an bedürftige Gemeindeangehörige. Auch diesen Leistungen fehlt, selbst wenn man von der zweifelhaften Frage einer Rückzahlungsverpflichtung der Unterstützten bei Besserung ihrer Vermögenslage absehen will, der Charakter der Unentgeltlichkeit im Sinne der Schenkungsdefinition, weil die Gewährung der Unterstützung Ausfluss einer durch das Gesetz festgelegten Verpflichtung ist.

Die Ausserachtlassung dieses verschiedenen Charakters der Verpflichtung zwingt Meyerfeld (a. a. O. I, S. 22), neben dem Begriffsmerkmal der Unentgeltlichkeit noch das besondere Merkmal der „Freiwilligkeit" aufzustellen. Unter den von ihm angegebenen Beispielen, in welchen dieses Moment der Freiwilligkeit auftaucht, erscheinen lediglich Fälle, in welchen die Zuwendung in Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen erfolgt. Bei entsprechender Berücksichtigung der Verschiedenart der Verpflichtungstatbestände, wie sie oben betont ist, wird das Moment der „Freiwilligkeit" als überflüssig aus der Begriffsbestimmung ausgeschieden werden können.

Als Verpflichtung im obenentwickelten Sinn gilt nicht, was nur durch die gute Sitte, Anstand oder

das Herkommen geboten ist. Vermögenszuwendungen, welche in Erfüllung derartiger rein moralischer Verpflichtungen erfolgen, verlieren daher nicht den Charakter unentgeltlicher Zuwendungen; sie sind Schenkungen: so Unterstützungen armer Verwandter, bezüglich derer eine gesetzliche Unterhaltverpflichtung nicht besteht; Weihnachts- oder Neujahrsgeschenke. Die Ansicht von Endemann (a. a. O. Bd. I S. 1030 Anm. 25) und Cosack (a. a. O. I, S. 495), welche auch in diesen Fällen eine Schenkung ausschliessen wollen, ist nicht als richtig anzuerkennen. In § 534 BGB. werden derartige Zuwendungen ausdrücklich als „Schenkungen" aufgeführt; der Ausschluss der Rückforderung und des Widerrufs vermag ihnen den Schenkungscharakter nicht zu entziehen. Von Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit, wie Endemann meint, kann hier nicht gesprochen werden.

Echte Schenkungen sind auch die sogenannten belohnenden (remuneratorischen) Schenkungen. Während sie im früheren Recht als besondere Arten hervorgehoben wurden, im Preuss. Landrecht (§§ 1169, 1173—79 I, 11) sogar gewissen, sie begünstigenden Sonderbestimmungen unterlagen, unterscheiden sie sich jetzt nicht mehr von den übrigen Schenkungen (Motive II S. 289) der Anspruch, welchen sich der Beschenkte durch sein Verhalten auf die Dankbarkeit des Zuwendenden erworben hat, kommt für den Schenker nicht als Verpflichtung im rechtlichen Sinn, auch nicht etwa als natürliche Verbindlichkeit in Betracht. (Meyerfeld, Bd. I S. 29). Des

öfteren verbirgt sich aber unter dem äusseren Gewande der belohnenden Zuwendung eine wirkliche Entlohnung: so in dem von Staudinger (a. a. O. S. 260) erwähnten Fall, wo beim Mieten eines Fuhrwerks das Trinkgeld für den Kutscher von vornherein in die Vereinbarung über das Entgelt aufgenommen ist. Auch die vielfachen Zuwendungen der Kaufleute an ihre Kunden werden sich der Regel nach als Schenkungen darstellen; indessen sind auch hier Fälle möglich, in denen es sich um Erfüllung einer durch das Geschäftsherkommen begründeten Verpflichtung handelt: z. B. bei den sogenannten Zugaben im Backwarenhandel.

Die Frage, ob Vermögenszuwendungen, welche in Erfüllung bloss natürlicher Verbindlichkeiten erfolgen, als Schenkungszuwendung aufzufassen sind, wird später noch Behandlung erfahren.

Aus dem Kreise der Schenkung scheiden als zweite grosse Gruppe die Vermögenszuwendungen aus, welche ex causa obligandi, zwecks Begründung einer Verpflichtung des andern Teils erfolgen. Hier erscheint der gegen den Andern gewonnene Anspruch als Entgelt der Vermögenszuwendung (Hingabe der Darlehnssumme, Übernahme der Verpflichtung zur Übereignung der Kaufsache zwecks Begründung der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises u. s. w.)

In der Mehrzahl der Fälle wird die als Entgelt erscheinende Verpflichtung des andern Teils einen Geldwert darstellen. Notwendig ist das jedoch

nicht; auch Leistungen ohne Geldwert können als Entgelt in Betracht kommen und der Vermögenszuwendung den Charakter der Schenkung nehmen, (Bekker Bd. I a. a. O. S. 180, Burckhard, Schenk.-Begriff S. 127): z B. die Verpflichtung zur Namenstragung, das Versprechen des Zuwendungsempfängers, die Ehe mit einer bestimmten Person einzugehen. Der Gläubiger, welcher auf die Weigerung des Schuldners zur Zahlung einen Teil seiner Forderung vergleichsweise fallen lässt, bereichert denselben aus seinem Vermögen; aber diese Vermögenszuwendung findet ihr Entgelt in der Befreiung des Gläubigers von der Notwendigkeit einer langen und aufregenden Prozessführung. Ebenso liegt es beim Erlass eines Teilbetrages der Forderung, um den unsicheren Schuldner zur sofortigen Zahlung des Restes zu veranlassen. Der Kaufmann, welcher seinem Kunden bei Barzahlung einen prozentualen Teil der Forderung erlässt (Rabatt, Skonto), findet sein Entgelt in der schnelleren Erlangung und früheren Nutzbarkeit des Kapitals.

In allen diesen Fällen stehen sich Vermögenszuwendung und Leistung des andern Teils als gleichwertig gegenüber. Diese Gleichwertigkeit bestimmt sich aber nicht nach rein objektiven Verhältnissen, d. h. nicht nach der Schätzung, welche Leistung und Gegenleistung im Geschäftsverkehr geniessen; Vielmehr wird des öfteren dem objektiv vorhandenen Wertüberschuss der Vermögensaufwendung des einen Teils über die Leistung des

andern durch besondere die Zuwendung begleitende Umstände der Schenkungscharakter entzogen werden (Staudinger a. a. O. S. 260). Wer eine Sache, weil er sich zu deren Erwerb gezwungen sieht, über den objektiven Wert bezahlt, desgleichen wer aus Geldnot unter dem Wert verkauft, schenkt nicht; die Zwangslage, in der sich beide befinden, lässt sie die Gegenleistung des andern Teils als genügendes Äquivalent ihrer eigenen Vermögensaufwendung betrachten. Ähnlich liegt es in dem von Cosack (a. a O. 1 S 494) erwähnten Beispiel des Abkaufs von Briefschaften: diese, welche an sich kaum einen Vermögenswert darstellen dürften, werden infolge des durch besondere Verhältnisse gezeitigten Wunsches des Absenders, die Briefschaften zurückzuerhalten, zum Wertträger.

In allen diesen Fällen genügt es sogar, wenn nur der eine Teil, den besondern Verhältnissen entsprechend, die Leistung des Andern als gleichwertig ansieht: selbst wenn in dem eben erwähnten Beispiele der Inhaber der Briefe von dem Interesse des andern Teils an der Erlangung derselben keine Kenntnis hat, entbehrt die zum Zwecke der Wiedererlangung der Briefe gemachte Vermögensaufwendung des Charakters der Schenkung.

Im Gegensatz hierzu können nun aber auch beide Parteien übereinstimmend der Ansicht sein, dass die Vermögenszuwendung in der Befreiung von der Verpflichtung, zu deren Tilgung sie erfolgt (causa solvendi), oder in der Leistungsverpflichtung des andern Teils, deren Begründung sie bezweckte,

nur zum Teil ihr Äquivalent findet. Wird diese Willensübereinstimmung der Parteien Gegenstand ausdrücklicher Vereinbarung, so entsteht ein Rechtsgebilde, welches als negotium cum donatione mixtum bezeichnet wird. Bekker (a. a. O. Bd. I, S. 201) spricht von „Geschäften, bei denen nach gegenseitiger Übereinkunft die Werte der Leistung und Gegenleistung auseinander fallen." Die Motive (Bd. II S. 287) bezeichnen es als selbstverständlich", dass ein derartiger Vertrag, so weit der Wert der Leistung den der Gegenleistung übersteigt, als Schenkung zu beurteilen ist. Es vereinigen sich hier entgeltliche und unentgeltliche Zuwendungen in einem Rechtsgeschäfte. Schwierigkeiten erwachsen für die Behandlung derartiger Fälle besonders im Falle eines Widerrufs oder Rückforderung des Geschenkes, in sofern als zweifelhaft sein kann, was als Gegenstand der mit dem entgeltlichen Vertrag verbundenen Schenkung anzusehen ist. In der Literatur stehen sich zwei Meinungen gegenüber: Lammfromm (Teilung, Darlehn, u. s. w. S. 135, 136) will als Gegenstand der Schenkung allein einen als ursprünglich vereinbart und dann schenkungshalber als erlassen zu denkenden Teil der Leistung des Beschenkten ansehen, während von anderer Seite, namentlich von Oertmann (a. a. O. S. 236), die Möglichkeit zugelassen wird, dass auch die durch die Leistung nicht gedeckte Quote der Schenkungszuwendung selbst Gegenstand der Schenkung sein könne. Der letzteren Ansicht dürfte wohl der Vorzug zu geben sein. Es ist nicht einzusehen, weshalb

den Parteien die Möglichkeit genommen werden soll, einen Teil der Zuwendung selber, nämlich den durch die Leistung des andern Vertragsteils nicht gedeckten als Gegenstand der Schenkung zu vereinbaren. Es wird hiernach in jedem Falle zu prüfen sein, worauf die Parteien ihren Willen gerichtet haben (Stolte a. a. O. S. 112).

Schwierig in ihrer juristischen Behandlung sind die vielfach im Leben vorkommenden Vermögenszuwendungen zur Förderung gemeinnütziger, wissenschaftlicher und wohltätiger Zwecke. Bei der Beratung des II. Entwurfes wurden diese Zuwendungen für einen durch das Zusammenwirken vieler zu erreichenden Zweck Gegenstand besonderer Erörterung (Protokolle S. 1614). Nach der in der Kommission vertretenen Ansicht sollten derartige Spenden vom Begriff der Schenkung ausgeschlossen sein, weil in denselben nicht ein Geschenk an den Sammler (den Verein oder die Anstalt), sondern die Begründung eines eigentlichen oder stillen Gesellschaftsverhältnisses liege. Der Beitragende wolle sich — so wurde ausgeführt — mit dem gespendeten Gelde an dem Unternehmen als Gesellschafter beteiligen. Dieser Standpunkt dürfte kaum als richtig anerkannt werden. Liesse sich selbst ein derartiges Verhältnis mit dem Begriff der Gesellschaft, wie ihn § 705 BGB. aufstellt, vereinen, so müsste es doch bedenklich erscheinen, in den fraglichen Fällen ein solches Gesellschaftsverhältnis anzunehmen, weil in den weitaus meisten derselben die Beteiligten nicht

den Willen haben, ein derartiges Verhältnis einzugehen. Es wird hier viel auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falls ankommen. Einige allgemeine Gesichtspunkte lassen sich allerdings auch hier aufstellen: Wohltätige Zuwendungen an die Bedürftigen selber werden stets als Schenkung zu betrachten sein. Dasselbe wird vielfach der Fall sein bei Überweisung von Geldsummen an eine natürliche oder juristische Person zwecks Verteilung unter eine Anzahl zwar nicht genau bestimmter, aber bestimmbarer Personen z. B. die zehn ärmsten Gemeindemitglieder (vgl Entsch. des RG. Bd. 51 S. 225 ff). Vielfach wird der Zuwendende in einer bestimmten Verwendungsweise, welche seine Zuwendung vereinbarungsgemäss erfahren soll, ein Entgelt für seine Vermögensaufwendung finden (Beiträge zur Errichtung eines Denkmals, für Sammlungen zur Unterstützung Hülfsbedürftiger, Zuwendungen an Museen). Besonders deutlich tritt die Entgeltlichkeit der Zuwendung bei Beiträgen zwecks Förderung von Unternehmungen hervor, welche in ihren Wirkungen dem Zuwendenden selbst eine wirtschaftliche Verbesserung seines Vermögens bringen (Beiträge der Strassenanlieger zur Verbreiterung der Strasse, Schaffung einer besseren Beleuchtungsanlage usw.).

Keine Schenkung – so wurde früher ausgeführt –, wenn der Vermögenszuwendung eine Verpflichtung des andern Teils als Entgelt gegenüber tritt. Es erhebt sich die Frage, ob auch dann keine

Schenkung vorliegt, wenn die Verpflichtung des andern Teils der Vermögenszuwendung nicht als unmittelbare Gegenleistung gegenübergestellt, sondern nur in Form der Auflage oder Bedingung beigefügt ist. Das Allgemeine Landrecht (§ 1053, I, 11) bestimmte, dass derartige Schenkungen im Zweifel den lästigen Verträgen gleich zu achten seien. Koch bezeichnet (Anmerkung 25 l. c.) dementsprechend die Schenkung unter einer Auflage als negotium mixtum; „das Rechtsgeschäft", so meint er, „sei aus Schenkung und Verpflichtung gemischt, die Bereicherung durch die auferlegte Verpflichtung zum Teil wieder aufgehoben". Denselben Standpunkt nehmen Savigny (a. a. O. Bd. IV S. 103 280) und Bekker (a. a. O. II, S. 180) ein. Für den Begriff der Schenkung, wie er bisher entwickelt ist, dürfte eine derartige Entscheidung nicht zu rechtfertigen sein. Es soll nicht verkannt werden, dass der ökonomische Erfolg, welcher durch die Hinzufügung der Auflage oder der Bedingung herbeigeführt wird, in vielen Fällen derselbe ist, als wenn der Beschenkte eine Gegenverpflichtung des in die Auflage oder Bedingung gelegten Inhalts übernommen hätte. Er wird meistens genötigt sein, einen Teil, vielleicht sogar die ganze durch die Schenkung erfahrene Vermögensvermehrung zur Erfüllung der Auflage oder Bedingung wieder aufzuopfern. Diese Folge vermag aber, da im Gegensatz zum gemeinen Recht das Verbleiben der Bereicherung im Vermögen des Empfängers als Begriffsmerkmal der Schenkung nicht mehr erforderlich ist, der Zuwen-

dung nicht den Schenkungscharakter zu nehmen, auch nicht zu dem Betrage, um welchen sich die Bereicherung durch die eigene Aufwendung vermindert. Entscheidend ist hier nicht der Erfolg, sondern die Form, in welche die Parteien ihre Verpflichtungen bringen. Nur diejenige Verpflichtung des anderen Teils, welche nach dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien der Vermögenszuwendung als wirkliche Gegenleistung gegenübergestellt wird, nimmt der Zuwendung den Charakter der Schenkung. Weder die Stellung der Bedingung noch die Hinzufügung der Auflage haben einen derartigen Charakter. In beiden Fällen steht die Schenkung frei und entgeltlos da; Auflage und Bedingung erscheinen ihr gegenüber nur als mit dem Hauptzweck verbundene Nebenzwecke (Dernburg BGB. Bd. II, Abt. II, S 135); sie sind nicht geeignet, der Zuwendung den Rechtscharakter der Schenkung zu entziehen (Scherer: Recht der Schuldverhältnisse S. 626, Cosack a. a. O. Bd. I, S. 503). Auch das BGB. (§ 525 ff.) behandelt die Schenkung unter einer Auflage trotz der verschiedenen Ausnahmebestimmungen als wahre Schenkung.

Im engen Zusammenhange mit dem eben Erörterten steht die Frage, ob in derErfüllung einer auf Leistung an den Dritten gestellten Bedingung bezw. Auflage seitens des Beschenkten eine Schenkung an den Dritten enthalten ist. In der Literatur hat der Fall der Leistung in Erfüllung einer Bedingung vielfach Erörterung gefunden, wenn man auch bei einem derartigen „dare condicionis implendae causa“

in der Regel nur an Erfüllung von Bedingungen zwecks Erlangung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses gedacht hat (Burckhard, Schenk.-Begriff S. 138). Bekker (a. a. O. II S. 180) will hier wie im Fall der Erfüllung des Modus das Vorliegen einer Schenkung ausschliessen. Windscheid (a. a. O. § 976 Anm. 4) schliesst sich dem hinsichtlich der Leistung condicionis implendae causa an; allerdings mit der Begründung: „dass hier die erste Absicht der Zuwendung nicht auf das Reicherwerden des Empfängers, sondern auf den Erwerb der ausgesetzten testamentarischen Zuwendung gerichtet sei". Dernburg (Pand. Bd. I S. 224 Anm. 2) verneint das Vorliegen einer Schenkung, indem er die causa condicionis implendae als besondere causa neben die causae solvendi, credendi und donandi stellt. Selbst die Motive (Bd. II S. 287) äussern sich dahin, dass in der Leistung cond. impl. causa keine Schenkung enthalten sei. Mag dieses nach der Fassung des I. Entwurfs, welcher für die Schenkung begrifflich noch das Vorliegen der Bereicherungsabsicht forderte, vielleicht gerechtfertigt erscheinen, so muss doch für das geltende Recht in der Leistung zwecks Erfüllung einer Bedingung der Tatbestand einer Schenkung gefunden werden. Dass der Zuwendende zugleich und infolge seiner Zuwendung an den Dritten von aussen her einen Vermögenserwerb macht, welcher seinen Verlust ausgleicht oder übersteigt, kommt für das Verhältnis zwischen ihm und dem Dritten nicht in Betracht. Ebenso scheidet die Absicht, mit der Leistung an

den Dritten die Schenkung des Ersten zu erwerben, als reines Motiv aus dem Rechtsverhältnis aus (Burckhard, Schenk.-Begriff S. 140 ff.) Nach alldem dürfte auch in der condicionis implendae causa erfolgenden unentgeltlichen Leistung an den Dritten eine Schenkung des Leistenden an diesen gegeben sein. Zweifelhafter erscheint die Frage, ob auch in der Leistung zwecks Erfüllung der Auflage eine Schenkung des Leistenden an den in der Auflage Bedachten zu erblicken ist. Gegenüber der Erfüllung cond. impl. causa kommt hier in Betracht, dass der mit der Auflage Belastete dem ersten Schenker gegenüber zur Erfüllung derselben verpflichtet ist. Es könnte dementsprechend zweifelhaft sein, ob nicht eine Schenkung des die Auflage Setzenden an den Dritten vorliegt. Indessen dürfte auch hier eine Schenkung zwischen dem mit der Auflage Belasteten und dem Dritten anzunehmen sein Der erste Schenker will zwar den Beschenkten zur Leistung an den Dritten verpflichten, hat aber nicht den Willen, mit dem in der Auflage Bedachten in ein unmittelbares Rechtsverhältnis zu treten; er will lediglich den Erfolg. Der mit der Auflage Belastete handelt zwar im Verhältnis zum Ersten in Erfüllung einer Verpflichtung; im Verhältnis zum Dritten aber tritt er wie bei der Leistung cond. impl. causa selbstständig auf; die Leistung an den Dritten hat wie dort den Charakter einer wahren Schenkung. —

Am Schlusse dieses Abschnittes sollen noch einige Tatbestände Erörterung finden, welche wegen einer gewissen inneren Gleichmässigkeit eine zusammenhängende Behandlung zweckmässig erscheinen lassen.

Oben bereits ist die Frage geprüft worden, ob in dem Erlass einer bloss natürlichen Verbindlichkeit eine Schenkungszuwendung enthalten ist Die Frage ist dort bejaht worden; bei hinzutretender Einigung der Parteien, dass diese Vermögenszuwendung unentgeltlich sei, d h. weder zur Tilgung einer dem Erlassenden obliegenden Verpflichtung noch zur Begründung einer neuen Verpflichtung des anderen Teils erfolgen solle, wird daher in einem derartigen Erlass eine Schenkung anzunehmen sein. Aus demselben Gesichtspunkte, welcher in dem Erlass einer natürlichen Verbindlichkeit eine Schenkung zu sehen berechtigt, muss bei Zahlung einer solchen das Vorliegen einer Schenkung verneint werden. Eine dem Erfordernisse der Schenkungsdefinition entsprechende Vermögenszuwendung liegt zwar zweifellos vor: aber es mangelt an dem subjektiven Momente: die Vermögenszuwendung erfolgt nicht unentgeltlich, sie dient vielmehr nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien zur Tilgung der zwar nicht klagbaren, aber doch bestehenden und gerade hinsichtlich der Erfüllbarkeit vom Rechte mit Schutz versehenen natürlichen Verbindlichkeit. Hier wird mit noch grösserer Berechtigung wie oben gesagt werden dürfen, der Schuldner zeige gerade durch die Zahlung, dass er die Verbindlichkeit für sein Vermögen als vollgültige Belastung anerkennen und in der Be-

freiung von dieser Last ein entsprechendes Äquivalent für seine Vermögensaufopferung sehen wolle. Gleichgültig ist es, wie hoch die Forderung im allgemeinen Geschäftsverkehr oder von den Parteien selber bisher eingeschätzt worden ist: der Wille des Zahlenden, sie zum Erlöschen zu bringen, macht sie zum vollwertigen Vermögenswert. Damit scheiden alle Zahlungen von verjährten Forderungen, von Forderungen aus Spiel, Wette, Ehemakellohn usw. aus dem Gebiet der Schenkung aus. — Zweifelhaft könnte sein, ob in der Zahlung des nach Erledigung des Zwangsvergleichs verbleibenden Restbetrages der Schuldforderung seitens des Schuldners eine Schenkung zu sehen ist. (Burckhard, Schenk.-Begriff S. 133.) In Übereinstimmung mit der Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 42 S. 118) dürfte auch hier, zumal angesichts der durch § 193 KO. gewährleisteten Fortdauer auch der Sicherungsmittel für diesen Restbetrag, das Bestehenbleiben derselben als natürliche Verbindlichkeit anzuerkennen sein. Folglich ist auch die spätere Zahlung dieses Restbetrages seitens des Schuldners nicht als Schenkung aufzufassen.

In gewissem Zusammenhange mit den bisher erörterten Fragen steht der Fall der Berichtigung einer Forderung seitens eines zahlungsunfähigen Schuldners: dort war es die mangelnde Klagbarkeit, hier sind es die schlechten Vermögensverhältnisse des Schuldners, welche den Gläubiger für seine Befriedigung fürchten lassen musste. Zunächst ist zu bemerken, dass die Zahlung der einzelnen Schuld-

forderung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht ausschliesst; man denke an die Fälle, in welchen aus irgend welchem Interesse an der Berichtigung einer Schuld dem Zahlungsunfähigen das Geld von dritter Seite zugewendet wird. Auch hier wird von einer Schenkung niemals die Rede sein können, mögen Gläubiger und Schuldner vorher von der Aussichtslosigkeit einer Befriedigung noch so sehr überzeugt gewesen sein. Die ja zweifellos vorliegende Vermögenszuwendung findet ihr Entgelt in der Tilgung der Schuldforderung: auf den Wert, welchen dieselbe vor der Tilgung für das Vermögen des Gläubigers oder für den Tauschverkehr darstellte, kommt es nicht an. Es bleibt zu prüfen, ob sich das gewonnene Resultat verändert, wenn die Zahlung der Schuld nicht seitens des Schuldners, sondern eines Dritten erfolgt. Endemann (a. a. O. Bd. I S. 1030 Anm. 24) will hier bei Kenntnis des zahlenden Dritten und des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit das Vorhandensein einer Schenkung annehmen. Zur Rechtfertigung seiner Ansicht beruft sich Endemann auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 30 S. 7. Diese Bezugnahme dürfte wenig beweiskräftig sein, weil in der erwähnten Entscheidung zwar erklärt wird, dass eine entsprechende Zahlung beim Konkurse des Zahlenden der Anfechtung unterliegt, der Begriff der unentgeltlichen Verfügung im Sinne der Konkursordnung anerkanntermassen aber ein viel weiterer ist, als der Begriff der Schenkung. Auch im Resultate dürfte Endemann nicht beizu-

stimmen sein. Es mag zweifelhaft sein, ob der infolge der Zahlung eintretende Übergang der Forderung auf den zahlenden Dritten diesem ein genügendes Entgelt für seine Vermögensaufwendung verschafft. Aber die Erlangung dieser Forderung soll nach dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien garnicht das Entgelt der Vermögenszuwendung darstellen. Das Rechtsgeschäft, welches sich zwischen dem Dritten und dem Gläubiger vollzieht, ist Zahlung, d. h.: die Vermögenszuwendung, welche in der Hingabe der Geldsumme an den Gläubiger liegt, soll ihren rechtsgeschäftlichen Zweck, ihre Causa, in der Tilgung der Verpflichtung des Schuldners finden. Diese Verpflichtung besteht in voller Höhe rechtswirksam, und der vom Gläubiger akzeptierte Wille des Zahlenden, ihre Tilgung zum Rechtsgrund für seine Vermögenszuwendung zu machen, nimmt dieser den Charakter einer unentgeltlichen. Diesen Charakter verliert sie auch dann nicht, wenn die Vermögenszuwendung ausgesprochenermassen dazu dienen soll, dem Gläubiger an Stelle der zur Zeit nicht einziehbaren Forderung in der Geldsumme einen greifbaren Vermögenswert zuzuführen; denn diese Absicht ist für die Vermögenszuwendung nur Motiv, nicht rechtsgeschäftlicher Zweck. Wird sie von den Parteien zum rechtsgeschäftlichen Zweck erhoben, dann liegt ein dissimuliertes Geschäft vor: unter der äusseren Form der Zahlung verbirgt sich eine reine Schenkung. Tilgung der Schuldforderung und Schenkung des Schuldbetrages können sich nicht in demselben

Rechtsgeschäft vereinigen. Jede Zahlung einer Schuldverbindlichkeit, mag sie vom Schuldner selbst oder seitens eines Dritten erfolgen, schliesst begrifflich eine Schenkung aus.

In unmittelbarem Zusammenhange mit dem eben erörterten Falle steht die Frage, ob Pfandbestellung oder Bürgschaftsleistung seitens eines Dritten für die Schuld eines Zahlungsunfähigen bezw. die Aufgabe einer solchen Sicherheit als Schenkung zu charakterisieren ist. Bezüglich der Pfandbestellung und Bürgschaftsleistung kann nach den vorangegangenen Erörterungen die Frage kaum anders als verneinend beantwortet werden: wenn schon in der Zahlung einer derartigen Schuld niemals eine Schenkung enthalten ist, so muss das für die Fälle der Bürgschaftsleistung und Pfandbestellung, die ja gegenüber der Zahlung nur ein Minus darstellen, erst recht verneint werden. (Windscheid a. a. O. Bd. II S. 506 Anm. 3). In der Literatur herrscht gerade hinsichtlich dieser Frage die grösste Meinungsverschiedenheit. Der Entwurf I hatte in § 439 Abs. 1 und 2 die fraglichen Fälle und zwar bei der Bestellung der Sicherheit mangels Bereicherung des Gläubigers, bei der Aufgabe der Sicherheit mangels Minderung seines Vermögens, ausdrücklich vom Begriff der Schenkung ausgeschlossen. Es entsprach das, wie auch die Motive S. 290 bemerken, der damals in der gemeinrechtlichen (Windscheid a. a. O. S. 506 Anm. 3) wie landrechtlichen (Dernburg Preuss. Privatrecht Bd. II S. 161) Literatur herrschenden

Ansicht. Im 2. Entwurf wurden die fraglichen Bestimmungen gestrichen, weil dieselben von der einen Seite als selbstverständlich, von der andern als nicht für alle Fälle durchgreifend erachtet wurden. In der Literatur des BGB. herrscht über die Frage die grösste Meinungsverschiedenheit: Ein Teil der Kommentatoren (Dernburg BGB., Bd. II, Abt. 2 S. 120 Anm. 11, Crome Bd. II BGB. Anm 22 zu § 516, Scherer a. a. O. S 647) leugnen auch jetzt ganz allgemein das Vorliegen einer Schenkung; Endemann (BGB. Bd. I S. 1030, Anm. 24) und Horn (a. a. O. S. 54 ff.) lassen zwar für die Sicherheitsleistung durch Pfandbestellung Schenkungsmöglichkeit zu, schliessen sie dagegen hinsichtlich der Bürgschaftsübernahme allgemein aus. Cosack (a. a. O., Bd. I S. 495), auch Stolte (a. a. O. S. 34 ff.) haben sich die Ausführungen von Reatz (a. a. O. Heft 3 S. 191), welche sich im wesentlichen mit der in der Kommission zum Ausdruck gebrachten Ansicht decken, zu eigen gemacht. Nach der von Cosack und Stolte vertretenen Ansicht entscheiden für das Vorliegen einer Schenkung lediglich die Vermögensverhältnisse des Schuldners. Ist der Schuldner zahlungsunfähig, so ist nach Cosack die Sicherheitsleistung (Pfandbestellung oder Bürgschaft) Schenkung, weil sie den Geber ärmer, den Empfänger reicher macht, und ebenso soll es bei der Freigabe der Sicherheit gehalten werden. Stolte führt dies bezüglich des objektiven Moments der Vermögensminderung und Bereicherung dahin aus: die Forderung des Gläubigers gegen den

zahlungsunfähigen Schuldner habe einen Wert, der gleich Null sei. Werde nun seitens des Dritten in Form der Pfandbestellung oder Bürgschaftsleistung eine Sicherheit für die Forderung geschaffen, so erhöhe sich der Wert der Forderung wieder auf ihren vollen Betrag; der Gläubiger werde also aus dem Vermögen des Sicherheitsbestellers bereichert; umgekehrt werde durch Aufgabe der Sicherheit der Wert der Forderung wieder auf Null heruntergedrückt und das Vermögen des Gläubigers zum Vorteil des anderen Teils gemindert.

Cosack wie Stolte sprechen wohl von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, ohne jedoch anzugeben, in welchem Moment diese Zahlungsunfähigkeit vorhanden sein muss. Erst Horn, welcher, wie erwähnt, hinsichtlich der Pfandbestellung mit Cosack und Stolte übereinstimmt, ergänzt dieses (S. 54) dahin, dass die Vermögenslage des Schuldners im Augenblicke der Sicherheitsbestellung bezw. der Aufgabe derselben über das Vorliegen einer Schenkung entscheiden müsse: in der Bestellung der Sicherheit liege, sofern zu dieser Zeit ohne die Sicherheit der Ausfall der Forderung zu erwarten sei, immer eine Bereicherung des Gläubigers, in der Aufgabe der Sicherheit unter der gleichen Voraussetzung immer eine Bereicherung des Sicherheitsbestellers Bezüglich des Moments der Vermögensminderung und der Unentgeltlichkeit hat sich Horn nicht ausgelassen; aber das bereits Angeführte muss genügen, den von ihm wie von Cosack und Stolte vertretenen Standpunkt als unzutreffend

zu bezeichnen. Der Fehler derselben liegt in der Verkennung nicht nur des praktischen Lebens, sondern auch des rechtlichen Charakters der fraglichen Sicherungsgeschäfte. Berücksichtigt man, dass einerseits Sicherungsgeschäfte der fraglichen Art ihrer Natur nach gewisse Zeit vor Fälligkeit der Forderung abgeschlossen werden, andererseits die Vermögensverhältnisse gerade solcher Schuldner, welche jener Sicherungsmittel bedürfen, erheblichen Schwankungen unterliegen werden, so wird, falls allein die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Sicherheitsbestellung oder -Aufgabe für das Vorliegen einer Schenkung entscheidend wäre, nicht nur in vielen Fällen den Parteien der rechtliche Charakter des von ihnen vorgenommenen Rechtsgeschäfts im Ungewissen bleiben, sondern auch Ausfluss des blossen Zufalls sein.

Zur richtigen Beurteilung der fraglichen Tatbestände ist meines Erachtens auch hier nur auf Grund strenger Scheidung des objektiven und subjektiven Momentes zu gelangen. Pfandbestellung und Bürgschaftsleistung können sich als Bereicherung und Vermögensminderung charakterisieren. Entscheidend ist aber nicht der Augenblick der Sicherheitsbestellung, sondern die tatsächliche und erfolgreiche Inanspruchnahme der Sicherheit seitens des Gläubigers. Pfandrecht und Bürgschaft sind ihrer Natur nach accessorische Rechte; sie sind keine selbständigen Vermögenswerte, welche sofort das Vermögen des Sicherheitsempfängers bereichern, das des Bestellers vermindern; sondern es liegt vorerst, wie

Bekker (a. a. O. Bd. II S. 206) bemerkt, nur ein rechtliches Ärmer- und Reicherwerden vor. Ob sich letzteres zur materiellen Bereicherung und Vermögensminderung entwickeln wird, hängt einmal davon ab, dass der Gläubiger Veranlassung erhält, von der bestellten Sicherheit Gebrauch zu machen; dann aber auch, dass er aus der Sicherheit tatsächlich Befriedigung findet. (Bekker a. a. O. S. 207). Der in der Sicherheitsbestellung liegende Vermögenswert entbehrt nicht nur, wie Dernburg (Preussisches Privatrecht, Bd. II S. 161) hervorhebt, einer bestimmten Messbarkeit — davon könnte vielleicht für den Begriff der Schenkung abgesehen werden, (Eccius Preussisches Privatrecht Bd. II S. 6) — sondern es bleibt auch vor der Realisierung des Pfandes bezw. der Bürgschaft dahingestellt, ob die Sicherheitsbestellung überhaupt zum Vermögenswert wird. (Staudinger, Anm. zu § 517 S. 264). Nicht nur das „Inwieweit" sondern auch das „Ob" liegt im Ungewissen. Burckhard (Schenk.-Begriff, S. 123) spricht hier von einer „eventuellen" Schenkung. Sind Pfand oder Bürgschaft dagegen mit dem Erfolge der Befriedigung des Gläubigers geltend gemacht, reale Vermögenswerte aus dem Vermögen des Pfandschuldners bezw. Bürgen in das des Gläubigers übergegangen, so gewinnt die Sicherheitsbestellung unter Zurückbeziehungen der Wirkungen auf die rechtliche Ursache den Charakter einer den Gläubiger aus dem Vermögen des Sicherheitsbestellers bereichernden Zuwendung. Das objektive Moment des Schenkungsbegriffs ist

gegeben. Eine Schenkung liegt trotz alledem nicht vor, weil er in jedem Falle an dem subjektiven Moment, der auf Willenseinigung der Parteien beruhenden Unentgeltlichkeit der Vermögenszuwendung, fehlt. Es kommen hier dieselben Gesichtspunkte zur Geltung, wie sie oben zur Zahlung, der Schulden seitens eines Dritten entwickelt sind. Der Erfolg, welchen die Parteien mit der Pfand- bezw. Bürgschaftsbestellung rechtsgeschäftlich herbeiführen wollen, besteht lediglich darin, die Forderung gegenüber dem Schuldner durch Befriedigung des Gläubigers zum Erlöschen zu bringen. Sicherheitsbestellung ist nichts Anderes als Zahlung, nur dass die Wirkung dieses Rechtsgeschäftes von dem Eintritt einer Bedingung, nämlich dem Ausbleiben der Befriedigung des Gläubigers abhängig gemacht ist. In der Herbeiführung des bezeichneten Erfolges liegt nach dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien der Rechtsgrund für die in der Sicherheitsbestellung enthaltene Vermögenszuwendung; in ihm erblickt der die Sicherheit leistende Dritte rechtsgeschäftlich das Äquivalent für die durch die Sicherheitsleistung in seinem Vermögen eintretende Minderung. Die Absicht des Sicherheitsbestellers, auf Kosten des eigenen Vermögens dem Gläubiger durch die Sicherheitsbestellung eine leichtere Verwertung der Forderung zu ermöglichen, kommt, mag sie selbst zur Kenntnis der Gegenpartei gebracht werden, auch hier lediglich als Motiv in Betracht. Wird sie von den Parteien zum Rechtsgrund der Zuwendung erhoben, d. h. erschöpft sich der rechtsgeschäftliche

Zweck der Sicherheitsleistung in der Zuführung jener Vorteile, so liegt nicht Pfandbestellung oder Bürgschaftsleistung, sondern ein dissimuliertes bedingtes Schenkungsversprechen vor: das Versprechen, bei Eintritt einer gewissen Bedingung, nämlich der Nichtbefriedigung des Gläubigers, dem Letzteren eine gewisse Summe aus dem eigenen Vermögen unentgeltlich zuzuwenden. — Für die Erkenntnis des von den Beteiligten in Wahrheit verfolgten Rechtszwecks werden die Vermögensverhältnisse des Schuldners zur Zeit der Vornahme des Geschäfts eine wichtige Erkenntnisquelle bieten: bei der Bürgschaftsübernahme für die Schuld einer dem Bürgen gleichgültigen mittellosen Person wird man von vornherein geneigt sein, das Bestehen eines ernsten Bürgschaftsgeschäftes zu verneinen. Liegt aber ein von den Parteien ernstgemeintes Sicherungsgeschäft vor, so kommen nicht die Vermögensverhältnisse des Schuldners, sondern lediglich das Bestehen der gläubigerischen Forderung in Frage. Das rechtswirksame Bestehen derselben schliesst ebenso wie früher für die Zahlung seitens eines Dritten, so auch hier für die Sicherheitsleistung das Vorliegen einer Schenkung begrifflich aus.

Dass dann auch in der Freigabe der Sicherheit keine Schenkung enthalten ist, erscheint als selbstverständliche Folgerung. Wohl aber kann Sicherheitsleistung den Tatbestand einer Schenkung des Sicherheitsbestellers an den Schuldner abgeben; dann nämlich, wenn er die Sicherheit animo donandi sei es auf Grund Auftrags oder als Geschäftsführer

ohne Auftrag übernimmt. Auch hier aber liegt nicht schon in der mit Schenkungsabsicht übernommenen Bürgschaft oder Pfandbestellung die Schenkung, sondern es ist auch diesmal wieder notwendig, dass die Sicherheit vom Gläubiger tatsächlich und mit Erfolg in Anspruch genommen wird. Der Gläubiger kann dem Schuldner die Schuld erlassen, durch einen Dritten befriedigt werden oder aus irgend einem Grunde von der Inanspruchnahme der Sicherheit Abstand nehmen: in allen diesen Fällen ist von Schenkung keine Rede. Hier wird auch von Savigny (a. a. O. Bd. IV S. 55), Meyerfeld (a. a. O. I S. 287) und Bekker (a. a. O. Bd. II S. 207) die Schenkung an den Schuldner ausdrücklich als eine „eventuelle" bezeichnet.

Die vorstehenden Ausführungen behandelten die Fälle der Sicherheitsbestellung seitens eines Dritten. Möglich ist nun auch, allerdings nur in der Form der Pfandbestellung, dass der Schuldner selber dem Gläubiger für seine Schuld Sicherheit leistet. Hier wird die Annahme einer Schenkung jedenfalls als ausgeschlossen erscheinen müssen. In einer derartigen Sicherheitsleistung liegt, auch wenn der Gläubiger von der Sicherheit Gebrauch macht, niemals eine unentgeltliche Zuwendung: die durch die Entziehung und Veräusserung des betreffenden Vermögensstückes eintretende Vermögensverminderung wird stets durch die Tilgung der Schuldforderung, für welche die Sicherheit geleistet ist, ausgeglichen (Ebenso auch Reichsgericht Bd 6 S. 85, Bd 9 S 107 Planck a. a. O. Bd. II S. 284).

b) Vertragscharakter der Schenkung.

Auch der einseitige Wille des Zuwendenden kann, wie früher ausgeführt, das eigene Vermögen vermindern und den anderen Teil bereichern. Ob dieser Wille aber auch die Macht hat, dem anderen Teil die Rolle eines Beschenkten zuzuteilen, (Burckhard, Schenk.-Annahme S. 18), oder ob dazu die Willenübereinstimmung des anderen Teils erforderlich ist, d. h. ob die Schenkung Vertragscharakter hat, war unter den vielen Streitfragen, welche das Institut der Schenkung gezeitigt hat, eine der erheblichsten. Während Meyerfeld (a. a. O. Bd. I S. 34 ff.) und Savigny (a. a. O., B. IV S. 146) eine vertragliche Einigung zwischen Schenker und Beschenktem als begriffliche Voraussetzung der Schenkung verneinten und in den Fällen, in welchen diese Einigung stattfand, sie lediglich als Folge der Vertragsnatur des die Schenkung verkörpernden Zuwendungsaktes hinstellten, wurde von der andern Seite (Windscheid, Dernburg), auch vom RG. (Entscheidung Bd. 26 S. 18), insbesondere von Burckhard in seiner ausführlichen Schrift „über Schenkungsannahme" die Vertragsnatur der Schenkung als begriffliches Moment derselben betont.

Das BGB. hat die Streitfrage, im Einklang mit den Bestimmungen des Allg. Landrechts und Code, zu Gunsten der letzteren Ansicht entschieden: durch die Aufnahme der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung in die Begriffsbestimmung des § 516 Abs. 1 mehr noch durch die

ergänzenden Bestimmungen des § 516 Abs. 2 ist der Vertragscharakter der Schenkung zum klaren Ausdruck gebracht.

Der Wert dieser Bestimmungen darf nicht verkannt werden: durch sie wird zwar unter den Schenkungszuwendungen eine formelle Gleichheit hergestellt, insofern als sie sämtlich nur unter dem Hinzutritt der Willeneinigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung zur Begründung einer Schenkung für geeignet erklärt werden; der materielle Unterschied aber zwischen den einzelnen Zuwendungsakten, welcher die Quelle des früheren Streites bildete, ist bestehen geblieben. Er wird gerade für das Zustandekommen jener Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit sowie über die Verbindung dieses subjektiven Begriffsmoments mit dem objektiven zu dem einheitlichen Begriff der Schenkung von wesentlicher Bedeutung.

Die wenigsten Schwierigkeiten werden einer rechtlichen Beurteilung nach den letztbezeichneten beiden Richtungen hin diejenigen Schenkungstatbestände machen, in welchen schon zur Schaffung des objektiven Substrats der Schenkung der übereinstimmende Wille der Parteien erforderlich ist, d. h. wo bereits die Schenkungszuwendung sich in einem Vertrage zwischen den Parteien verkörpert. Auch hier ist bei wissenschaftlicher Betrachtung zwischen der Willenseinigung über die Zuwendung selbst und derjenigen über die Unentgeltlichkeit derselben streng zu scheiden; aber das Verkehrsleben geht über diese Scheidung in der weitaus

grössten Zahl der Fälle hinweg. Zuwendungs- und Schenkungseinigung fallen hier nicht nur zeitlich zusammen, sondern fliessen auch rechtlich dermassen ineinander, dass die Doppelnatur des Schenkungsvertrages den Beteiligten selten zum Bewusstsein kommt. (Endemann a. a. O. Bd. I Seite 1025 Anm. 8). Entsprechend wird in diesen Fällen auch eine leichtere Beurteilung des Zustandekommens der Schenkungseinigung gerechtfertigt sein: erklärt der eine Teil dem andern, er wolle ihm unentgeltlich eine Sache übereignen, und nimmt letzterer diese Zuwendung entgegen, so wird damit nicht nur der Eigentumsübertragungs- sondern auch der Schenkungsvertrag als zustandegekommen anzusehen sein. „Mit der Frage nach dem Perfektwerden der Zuwendung wird", wie Burckhard (Schenk.-Annahme S. 25) zutreffend bemerkt, „in den weitaus meisten Fällen zugleich die Frage nach dem Vorliegen der Schenkung beantwortet".

Möglich sind aber Fälle, in welchen die Zuwendung durch Vertrag der Parteien wirksam zustande kommt, während das Zustandekommen der Schenkung, die Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung, einstweilen noch im Ungewissen bleibt. Hierher gehört der in der Literatur mehrfach (Planck a. a. O. Bd. II S. 282) als Beispiel erwähnte Fall der wissentlichen Zahlung eines Indebitum, während der andere Vertragsteil an die Rechtsbeständigkeit seines Forderungsrechts glaubt. Will man hier, was allerdings eine vielbestrittene Frage ist (Burckhard, Schenk.-Annahme S. 67 ff.),

annehmen, dass der Dissens der Parteien über die causa den Eigentumsübergang nicht hindert, so liegt jedenfalls eine wirksame Zuwendung vor; dagegen bleibt der Charakter der Zuwendung, eben wegen des Dissenses vorerst im Ungewissen; sie wird zur Schenkung, wenn der Zuwendungsempfänger, nachdem er von der wirklichen Absicht des Zuwendenden Kenntnis erlangt und sich vom Nichtbestehen seiner Forderung überzeugt hat, seine Bereitwilligkeit zur Annahme der Zuwendung auch als einer schenkweisen erklärt.

Während nun ein derartiges Schwebeverhältnis bei Zuwendungsakten, die sich unter den Parteien selber abspielen und deren Willensübereinstimmung zu ihrer Begründung voraussetzen, immerhin als Ausnahmefall gelten dürfte, erscheint es als gewöhnliche Folge bei allen Zuwendungen, welche zu ihrem Zustandekommen des Willens der anderen Partei nicht bedürfen, sei es dass sie durch einseitige Tätigkeit des Zuwendenden (rechtsgeschäftliche oder nicht rechtsgeschäftliche, Tun oder Unterlassen) oder durch Rechtsgeschäfte mit einer dritten Person (Zahlung einer fremden Schuld in Schenkungsabsicht) vollzogen werden. In allen diesen Fällen ist das objektive Moment des Schenkungsbegriffs rechtswirksam begründet; ob sich aber aus der Zuwendung eine Schenkung entwickeln wird, bleibt vorerst in der Schwebe: es bedarf noch der zustimmenden Erklärung des andern Teils.

Dieses Schwebeverhältnis in einer den Interessen beider Parteien entsprechenden Weise zur Ent-

scheidung zu bringen, ist die Aufgabe des § 516 Abs. 2 BGB. Die rechtliche Charakterisierung dieses Schwebeverhältnisses ist nicht unzweifelhaft. Nach verschiedenen Äusserungen in den Materialien des BGB. (Motive Bd. II S. 289, Protokolle S. 1620) ist anzunehmen, dass die Commission eine derartige ohne die Mitwirkung des anderen Teils vollzogene Zuwendung als eine der Annahme bedürftige Offerte einer Schenkung angesehen wissen wollte; wie Oertmann (a. a. O. S. 235 Ziffer 6) es ausdrückt: als eine „besonders qualifizierte Offerte". Ihren eigenartigen Charakter entnimmt sie dem Wesen der Schenkung selbst. Ein Schutz der Interessen des Schenkers gegen unbillige Spekulationen des anderen Teils, wie ihn die Bestimmungen der §§ 146 ff. BGB zum Zweck haben, erscheint hier nicht notwendig. Die Schenkungszuwendung entspringt in der Regel nicht einer vorübergehenden Laune, sondern ist Ausfluss einer auf vernünftiger Überlegung beruhenden Willensentschliessung, welche eine gewisse Frist zu überdauern im Stande sein muss. Wohl aber wird es vielfach gerechtfertigt sein, dem anderen Teil eine billige Frist zur Überlegung zu lassen (Reatz a. a. O. S. 195, 200). Auf Grund dieser besonderen Verhältnisse wird es trotz Weglassung der fraglichen Bestimmung im Gesetz gerechtfertigt sein, den Zuwendenden, und zwar seiner eigenen Willensrichtung entsprechend, bis zur Ablehnung des Schenkungsangebots für gebunden zu erachten (Planck a. a. O. Bd. II S. 282, Oertmann a. a. O. S. 235). Auch aus dem Gesetzes-

text selber könnte auf die Richtigkeit dieser Auffassung geschlossen werden: der Schlusssatz des § 516 Abs. 2 BGB. spricht davon, dass im Falle der Ablehnung die Herausgabe des Zuwendenden gefordert werden dürfe. Das bdeutet, per argumentum e contrario, dass v o r erfolgter Ablehnung eine derartige Rückforderung nicht zulässig, der Zuwendende vielmehr gebunden sein soll (S t o l t e a. a. O. S. 121).

So gerechtfertigt es erscheint, den Zuwendenden an einer willkürlichen Zurückziehung der einmal in Schenkungsabsicht gemachten Offerte zu hindern, so unbillig wäre es, ihn dauernd in dieser Gebundenheit zu belassen. Aus dieser Erwägung heraus bestimmt Satz 1 des § 516 Abs. 2 BGB., dass der Zuwendende den Andern unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern kann. Der Zuwendende erhält hier ein Mittel, sich über das Schicksal seiner Zuwendung endgültige Gewissheit zu verschaffen.

Mit der Fristsetzung eröffnen sich nun für den anderen Teil, den Zuwendungsempfänger, drei Möglichkeiten:

1. Er erklärt sich zur Annahme der Schenkung bereit: dann gelangt der Schenkungsvertrag zur Perfektion; die bisher noch ausstehende Schenkungseinigung tritt der wirksam vorgenommenen Schenkungszuwendung zur Seite und beide vereinigen sich zur Schenkung.

2. Der Zuwendungsempfänger schweigt die Frist hindurch: An dieses Schweigen knüpft das Gesetz

die Vermutung für die Annahme der Schenkung. Die Wirkungen sind dieselben, wie bei der ausdrücklichen Annahme. Diese Regelung entspricht zwar nicht dem in §§ 146 ff. BGB. beim Vertragsangebot zur Geltung kommenden allgemeinen Prinzip, wohl aber der Erfahrung des Lebens, welche beweist, dass die Ablehnung von Schenkungen gegenüber den Fällen der Annahme als die grosse Ausnahme erscheint. Diese Erwägung führte auch zur Ablehnung eines in der Kommission (Protokolle S. 1621) gestellten Antrages, welcher im Interesse derjenigen, welche mit Schenkungen nicht belästigt sein wollten, diese Folge aber bei zufälliger Verhinderung an der ausdrücklichen Ablehnung nicht mehr beseitigen könnten, an das Schweigen das Präjudiz der Ablehnung knüpfen wollte.

3. Als dritte Möglichkeit ergiebt sich, dass der andere Teil die Annahme der Schenkung rechtzeitig ablehnt. Damit ist das Zustandekommen des Schenkungsvertrages endgültig vereitelt. Die hierdurch geschaffene Rechtslage giebt zu Bedenken kaum Veranlassung: Die Zuwendung wird durch die Ablehnungserklärung und das dadurch veranlasste Nichtzustandekommen des Schenkungsvertrages in ihrer rechtlichen Wirksamkeit nicht beeinflusst; aber die causa donationis, welche sie stützen sollte, ist in Folge der Ablehnung vereitelt. Die Zuwendung ist also insofern sine causa im Vermögen des Anderen, und der Zuwendende demzufolge berechtigt, das Zugewendete nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung

(§§ 812 ff. BGB.) von ihm herauszuverlangen. Der früher erwähnte Satz des § 516 Abs. 2 bringt dies zum Überfluss nochmals zum Ausdruck.

Mit der in § 516 Abs. 2 getroffenen Regelung dürfte den Erfordernissen des Rechtsverkehrs in auskömmlicher Weise genügt sein. Zweifel ergeben sich nur, ob jene Bestimmungen auch für die früher erwähnten Fälle Platz zu greifen haben, in welchen zwar die Zuwendung mit dem Willen des Andern erfolgt ist, die Schenkungseinigung aber noch aussteht. In der Literatur hat diese Frage eine besondere Erörterung nicht gefunden. Oertmann, welcher den § 516 Abs. 2 auch für diejenigen Fälle gelten lassen will, wo der Zuwendungsakt selbst ohne den Willen des Andern erfolgt ist (a. a. O. S. 235), scheint die Frage verneinen zu wollen; Planck dagegen führt gerade den früher erwähnten Tatbestand der Berichtigung eines Indebitum als Beispiel für die Anwendung des § 516 Abs. 2 an. Meines Erachtens dürfte auch eine Unterstellung dieser Zuwendungsfälle unter die Bestimmungen des § 516 Abs 2 BGB. gerechtfertigt sein. Zunächst könnten wohl die einleitenden Worte desselben „Ist die Zuwendung ohne den Willen des Andern erfolgt" ausdehnend auch dahin ausgelegt werden, dass unter diesem „Willen" allgemein der Wille des andern Teils, die durch die Zuwendung eingetretene Bereicherung als Geschenk anzunehmen, zu verstehen ist. Es würde das in der Ausdrucksweise der Motive (Bd II S. 288) eine Unterstützung finden, die hier gleichfalls von Zuwendungen sprechen,

welche „ohne den Willen des Bereicherten, die Bereicherung als Geschenk anzunehmen, vollzogen seien". Sollte aber eine solche Auslegung zu gewagt erscheinen, so müsste doch eine analoge Anwendung des § 516 Abs. 2 BGB. auch auf diese Zuwendungsfälle gerechtfertigt sein (Stolte a. a. O. S 121.) Die Lage des Zuwendungsempfängers ist hier dieselbe, wie bei den gewöhnlichen einseitigen Zuwendungen: er hat mangels Kenntnis von der Schenkungsabsicht noch keine Gelegenheit gehabt, sich über das Schenkungsangebot des Zuwendenden zu äussern. Es liegt kein genügender Grund vor, das Schenkungsangebot in diesem Falle, wie das die Folge der Ausschliessung dieser Zuwendungen von den Bestimmungen des § 516 Abs. 2 BGB. wäre, ausnahmsweise unter die allgemeinen Bestimmungen über Vertragsannahme zu stellen.

Die Bestimmung des § 516 Abs. 2 BGB., dass im Falle der Ablehnung der Schenkung das Zugewendete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herausverlangt werden dürfe, wird nun, wie früher erwähnt, von Cosack (a. a. O. Bd. I S. 493, übereinstimmend Stolte a. a. O. S. 50 ff.) zum Ausgangspunkt seiner Ansicht von der Notwendigkeit der rechtsgeschäftlichen Natur des Zuwendungsaktes gemacht. Dieser Ansicht dürfte folgender Gedankengang zu Grunde liegen: Hat die Bereicherung, welche dem anderen Teile durch die Zuwendung zu Teil wird, rechtlich ihren Grund ausschliesslich im Willen des Zuwendenden, — das ist der Begriff des Rechtsgeschäfts —

so ist, falls der Schenkungsvertrag nicht zu Stande kommt, die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung eine unabweisbare. Die Schenkungs-Causa, welche die Bereicherung nach dem Willen des Zuwendenden rechtfertigen sollte, ist durch die Ablehnung der Annahme endgültig vereitelt: ein anderer Rechtsgrund aber, welcher das Verbleiben der Zuwendung rechtfertigen könnte, ist nicht vorhanden. Anders bei den nicht rechtsgeschäftlichen Zuwendungen: Auch hier bringt z. B. der durch das Erlöschen der Servitut bereicherte Eigentümer, ebenso der durch die Vernichtung des die Forderung verkörpernden Papiers (C o s a c k a. a. O.) bereicherte Schuldner durch die Ablehnung der Schenkungsannahme die Schenkungscausa zum Scheitern; trotzdem wird der Zuwendungsempfänger einen etwa auf § 516 Abs. 2 BGB. gestützten Herausgabeanspruch mit Erfolg zurückweisen können; denn seine Bereicherung bedarf gar nicht der Schenkungscausa zu ihrer Rechtfertigung; sie findet dieselbe im Gesetz selber, welches ohne Rücksicht auf den W i l l e n des Zuwendenden lediglich an die T a t s a c h e der Nichtausübung der Servitut, der Vernichtung der Urkunde den Erfolg der Befreiung von der auf dem Eigentum ruhenden Last bezw. von der Schuld knüpft. (B u r c k h a r d, Schenk.-Annahme S. 113.)

Zwingt nun diese aus der Zulassung nichtrechtsgeschäftlicher Schenkungszuwendungen zweifellos sich ergebende Folge, dass der Zuwendungsempfänger trotz Ablehnung der Schenkung den Herausgabeanspruch aus § 516 Abs. 2 BGB. zurück-

schlagen und die Bereicherung in seinem Vermögen behalten kann, diese den sonstigen Erfordernissen des § 516 Abs. 1 BGB. voll entsprechenden Zuwendungen aus der Reihe der Schenkungszuwendungen auszuschalten und die rechtsgeschäftliche Natur zum Begriffsmoment der letzteren zu machen?

Diese Frage muss meines Erachtens verneint werden. Es ist bisher von keiner Seite, auch von Cosack nicht, in Zweifel gestellt worden, dass derartige nichtrechtsgeschäftliche Zuwendungen, sofern der Zuwendungsempfänger dieselben als schenkweise annehmen zu wollen erklärt, die Grundlage einer vollwirksamen Schenkung abgeben können, (Burckhard, Schenk.-Begriff S. 41, Schenk.-Annahme S. 110). Daraus aber folgt, dass auch hier eine ordnungsmässige Zuwendung im Sinne der Schenkungsdefinition vorliegt. Wäre dies nicht der Fall, so könnte keine Schenkung daraus entstehen; denn die Parteien haben nicht die Macht, etwas, was objektiv den Charakter einer Schenkungszuwendung nicht hat, durch ihre Willeneinigung zur Schenkung zu erheben. Die Annahmeerklärung des Zuwendungsempfängers verleiht nicht etwa auch der Zuwendung selbst noch nachträglich den Charakter eines Rechtsgeschäfts.

Nach Cosack sollen diese an und für sich nichtrechtsgeschäftlichen Begünstigungs- oder Bereicherungshandlungen nur dann die Unterlage für eine Schenkungszuwendung abgeben können, wenn sie „mit der Gegenpartei vereinbart sind". Was Cosack hier unter „Vereinbarung" versteht,

ist aber in Wirklichkeit Schenkungseinigung. Erklärt — (um das Cosack'sche Beispiel zu gebrauchen) — der Inhaber einer Reichsbanknote, die Schuldforderung gegen die Bank durch Zerreissen der Note schenkweise zum Erlöschen bringen zu wollen — diese Wirkung hat ja das Zerreisen, — und zeigt der Vertreter der Reichsbank sich hier mit einverstanden, so liegt sofern jener nun wirklich die Note zerreist, eine vollendete Schenkung vor. Es bedarf nicht etwa einer nochmaligen Erklärung der Schenkungsannahme. Die beiderseitigen Erklärungen sind nichts als die Schenkungseinigung, welche zwar ausnahmsweise der Zuwendung vorausgeht, aber, wie das zulässig ist (Burckhard, Schenk.-Annahme S. 12), durch ihre Fortdauer bis zur Vollziehung des Zuwendungsaktes mit diesem das Gesamtgeschäft der Schenkung hervorbringt. Auch Burckhard (a. a. O. S. 110) sieht in einer derartigen Einwilligungserklärung lediglich den Consens über die causa donationis, von einer Umwandlung des nichtrechtsgeschäftlichen Zuwendungsaktes in einen rechtsgeschäftlichen ist bei ihm nirgends die Rede. Zulässig ist es allerdings, dass die Parteien vereinbaren, die rechtlich kraft Gesetzes eintretende Bereicherung solle in obligatorischer Beziehung zwischen ihnen so behandelt werden, als ob sie durch den Willen des Zuwenden in das Vermögen des anderen Teils gelangt sei (Jhering in s. Jahrbüchern Bd. 10 S. 307); die Wirkung dieser Vereinbarung wird dann sein, dass auch beim Nichtzustandekommen der Schenkung der Zuwendungsempfänger die Bereiche-

rung herausgeben muss; er würde sich sonst dem Vorwurf eines dolosen Handelns aussetzen. Eine solche Vereinbarung liegt aber noch nicht darin, dass — um bei dem früheren Beispiel zu verbleiben — der Reichsbankvertreter in die Vernichtung der Note durch den Inhaber derselben einwilligt oder eine auf ein derartiges Tun gehende Verpflichtungserklärung entgegen nimmt. Und selbst wenn das der Fall wäre, so würde sich damit nur ergeben, dass dem Zuwendenden die Möglichkeit offen steht, im Wege obligatorischer Bindung sich die Herausgabe der Zuwendung für den Fall des Nichtzustandekommens der Schenkung zu sichern; nicht aber folgt daraus, dass jede derartige Zuwendung erst zum Inhalt eines obligatorischen Vertrages der oben bezeichneten Art gemacht werden muss, um die Unterlage für eine Schenkungseinigung abzugeben. Wer derartige nichtrechtsgeschäftliche Zuwendungen vornimmt, muss gewärtig sein, dass der Zuwendungsempfänger, falls die Schenkung nicht zustande kommt sich den Wortlaut des Gesetzes, welches ihm das Behalten der Bereicherung gestattet, zu Nutze macht. Will der Zuwendende dieser Möglichkeit entgehen, so sind ihm, wie oben ausgeführt, Mittel dazu gegeben; macht er von diesen keinen Gebrauch, so trägt er die Folgen Dies nötigt aber nicht, den Begriff der Schenkungszuwendung in der von Cosack verlangten Weise einzuschränken.

Im früheren Recht war der Schenkungsvertrag in gewissen Beziehungen besonderen Normen unter-

worfen. So enthielt beispielsweise das Landrecht noch besondere Bestimmungen hinsichtlich der Annahme einer Schenkung für Geschäftsunfähige und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte (ALR. I, 11 § 1060). Das BGB. hat hiervon abgesehen und die Schenkung allgemein den das Recht der Verträge beherrschenden Grundsätzen unterworfen. (Motive Bd. II S. 289).

III. Schlussbemerkung.

In den vorstehenden Ausführungen ist versucht worden, die Begriffbestimmung der Schenkungsdefinition, wie sie in den §§ 516, 517 BGB. niedergelegt ist, in die einzelnen Begriffsmerkmale zu zerlegen und zu erläutern Als Abschluss dieser Ausführungen dürfte eine kurze Betrachtung über den Charakter der Schenkung als Ganzes und ihre Stellung im Rechtssystem gerechtfertigt sein.

Die Rechtsfigur der Schenkung erscheint, wenn man die grossen Codifikationen des Rechts und der Lehrbücher durchsieht, an verschiedenen Stellen: In der Gesetzesammlung Justinians (Institutionen II, 7) findet sich die Schenkung unter den Erwerbsgründen des Eigentums. Eine gleiche Behandlung erfährt sie im Landrecht (I, 11), welches sie in das Kapitel „von den Titeln zur Erwerbung des Eigentums, welche sich in Verträgen unter Lebendigen gründen“

stellt. Puchta (Pand. § 53) und Savigny (a. a. O. Bd. IV S. 3), auch Bekker (a. a. O. Bd. II S. 176) behandeln die Schenkung im Allgemeinen Teil, mit der Begründung, dass sie kein einzelnes Geschäft, sondern einen allgemeinen Charakter darstelle, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen könnten. Eine Anzahl anderer Schriftsteller haben sich Windscheid (Pand. § 365 Anm. 18) angeschlossen und weisen ihr den Charakter eines besonderen obligatorischen Vertrages zu (Dernburg § 106, Wächter).

Das BGB. behandelt die Schenkung im besondern Teil der Schuldverhältnisse und schliesst sich damit, zum Mindesten der Stellung im Rechtssystem nach, der Ansicht Windscheids an. Es dürfte aber auch in Übereinstimmung mit Cosack a. a. O. Bd. I S. 497) und Endemann (a. a. O. Bd. I S. 1025, Ziff. a.) angenommen werden, dass diese systematische Einordnung dem inneren Charakter der Schenkung als eines stets obligatorischen Vertrages entspricht. Unzweifelhaft erscheint der obligatorische Charakter bei den Arten von Schenkungen, welche in Form des Schenkungsversprechens auftreten. Hier kommt er in der Verpflichtung zur Erfüllung des Versprechens deutlich zum Ausdruck Bedenklicher ist aber die Konstruktion eines obligatorischen Vertrages bei den sofort vollzogenen Schenkungen, den sogenannten Real- oder Handgeschenken. Cosack will auch hier eine selbstständige obligatorische Verpflichtung des Schenkers konstruieren, mit dem Inhalt: „den Gegenstand seiner

Zuwendung dem Empfänger zu lassen". Diese Konstruktion dürfte indessen wenig befriedigen; von einer derartigen allgemeinen die Schenkung charakterisierenden Verpflichtung zum Belassen der Zuwendung kann schwer gesprochen werden. Vorsichtiger drückt sich Endemann aus. Er meint: „die Schenkung trete nur selten als selbstständiges obligatorisches Causalgeschäft hervor; sie verbinde sich im Verkehrsleben nach aussen fast ununterscheidbar mit der unmittelbar vollzogenen Veräusserung und Zuwendung eines Vermögensgutes", Endemann vergleicht die Realschenkung dieser Erscheinung halber mit dem Realkauf (a. a. O. S. 1021 Anm. 7). Auch diese Ansicht erscheint nicht unbedenklich. Die Verbindung des Causalgeschäfts mit dem objektiven Zuwendungsakt ist nämlich nicht eine durch die Erfordernisse des Verkehrs, sondern durch die innere rechtliche Natur der Schenkung selber bedingte: Zuwendung und Causalgeschäft, d. h. Schenkungseinigung müssen zusammenfliessen, um den einheitlichen Begriff der Schenkung hervorzubringen. Hierin zeigt sich der wesentliche Unterschied der Realschenkung vom Realkauf. Bei beiden fliessen abstraktes Übereignungsgeschäft und Causalgeschäft ineinander. Während sich aber beim Kauf das Übereignungsgeschäft, mag es noch so sehr mit dem Causalgeschäft zusammenfallen, als Erfüllung eines besonderen Bestand habenden Causalgeschäfts darstellt, kann bei der Realschenkung von einer derartigen Erfüllungshandlung nach der begrifflichen Konstruktion der Schenkung niemals die Rede sein.

Das Causalgeschäft, die Schenkungseinigung, hat niemals eigenen Bestand, kann daher auch niemals dem abstrakten Zuwendungsgeschäft den Charakter einer Erfüllungshandlung verleihen; insbesondere kann hier auch nicht, wie das Endemann (a. a. O. S. 1025 Anm. 8) zu wollen scheint, von Vollziehung einer noch nicht völlig entwickelten Verpflichtung zur Vornahme des Zuwendungsaktes gesprochen werden. Das Stadium der Vollziehung des Schenkungsvertrages dürfte wohl überhaupt der Entwickelung des obligatorischen Charakters desselben keinen Raum bieten; derselbe zeigt sich aber in den Folgen: in der Haftung des Schenkers für Mängel, in der Widerrufsmöglichkeit usw. Alle diese Folgen können nur Ausfluss eines obligatorischen Vertrages sein; sie finden ihre rechtliche Stütze weder in dem abstrakten Zuwendungsgeschäft, noch allein in dem Causalgeschäft, der Schenkungseinigung. Wegen dieser erheblichen Folge muss es gerechtfertigt erscheinen, dem Schenkungsgeschäft, der äusseren Stellung, welche es im Gesetzbuch gefunden hat, entsprechend den Charakter eines stets obligatorischen Rechtsgeschäfts zuzusprechen.

Literaturübersicht.

Dernburg: Pandekten, IV. Auflage.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, VIII. Auflage. 1900.

Puchta: Pandekten.

Wächter: Pandekten.

Dernburg: Preussisches Privatrecht, V. Auflage.

Förster: Preussisches Privatrecht, III. Auflage.

Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht, VII. Aufl.

Dernburg: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. II, 2. Abt. 1901.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse I. Auflage 1899.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II, 1901.

Scherer: Recht der Schuldverhältnisse.

Endemann; Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I, VIII. Auflage 1903.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts.

Reatz: Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Heft III.

Bekker und Fischer: Beiträge zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Heft II.

Motive: zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Unger: System des heutigen österreichischen Rechts.

v. Savigny: System des heutigen Römischen Rechts Bd. IV.

v. Meyerfeld: Die Lehre von den Schenkungen nach Römischem Recht.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts Bd. II.

Burckhard: Zum Begriff der Schenkung. (Würzburger Festgabe 1899).

Burckhard: Über Schenkungsannahme. (Würzburger Festgabe 1892).

Stolte: Der Begriff der Schenkung nach Deutschem bürgerlichen Recht. (Inaugural-Dissertation Strassburg 1900),

Horn: Begriff und rechtliche Natur der Schenkung nach BGB. (Inaugural-Dissertation Erlangen 1899).

Lammfron: Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte.

Dankwardt: Nationalökonomie und Jurisprudenz, Heft II.
Baehr: Anerkenntnis als Verpflichtungsgrund.
Birkmeyer: Das Vermögen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen: Bd. 6, 9, 26, 30, 42, 51,
Seufferts Archiv: Bd. 23.
Lenel: Civilistisches Archiv Bd. 74.
Sächsisches Archiv Bd. 10.
Iherings Jahrbücher Bd. 10.